

UNIVERSITÉ DE LYON — FACULTÉ DE DROIT

DE
L'Élément Matériel
DANS
la Tentative

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE DEVANT LA

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON

Le Samedi 10 Juin 1899

PAR

Amédée ESCOFFIER

Avocat près la Cour d'Appel de Lyon



LYON

IMPRIMERIE MOUGIN-RUSAND, WALTENER & C^{ie}, SUCCESEURS

3, RUE STELLA, 3

—
1899

DE
L'Élément Matériel
DANS
la Tentative

Digitized by the Internet Archive
in 2026

UNIVERSITÉ DE LYON — FACULTÉ DE DROIT

DE

L'Élément Matériel

DANS

la Tentative



THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE DEVANT LA

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON

Le Samedi 10 Juin 1899

PAR

Amédée ESCOFFIER

Avocat près la Cour d'Appel de Lyon



LYON

IMPRIMERIE MOUGIN-RUSAND, WALTENER & C^{ie}, SUCCESSEURS

3, RUE STELLA, 3

—
1899

UNIVERSITÉ DE LYON

FACULTÉ DE DROIT

MM.

CAILLEMER, O. ✱, C. ✱, I. Ⓚ, doyen, professeur de Droit civil, correspondant de l'Institut.

MABIRE, ✱, I. Ⓚ, professeur honoraire.

THALLER, I. Ⓚ, professeur honoraire.

GARRAUD, I. Ⓚ, professeur de Droit criminel.

APPLETON (Charles), I. Ⓚ, professeur de Droit romain.

FLURER, I. Ⓚ, professeur de Droit civil.

ROUGIER, I. Ⓚ, professeur d'Économie politique.

AUDIBERT, I. Ⓚ, professeur de Droit romain.

COHENDY, I. Ⓚ, professeur de Droit commercial.

PIC, A. Ⓚ, professeur de Droit international.

BARTIN, I. Ⓚ, professeur de Droit civil.

SOUCHON, A. Ⓚ, professeur d'Histoire des Doctrines économiques.

APPLETON (Jean), professeur de Droit administratif.

LAMBERT, agrégé, chargé des cours d'Histoire du Droit.

BOUVIER, agrégé, chargé des cours de Science et de Législation financières.

LAMEIRE, agrégé, chargé du cours d'Histoire du Droit public.

JOSSERAND, agrégé, chargé du cours de Procédure civile.

GUERNIER, chargé du cours d'Histoire des Doctrines économiques.

BECQ, A. Ⓚ, secrétaire.

JURY DE LA THÈSE

MM. GARRAUD, professeur, *président* ;

APPLETON (Jean), professeur }
JOSSERAND, agrégé..... } *suffragants.*

INTRODUCTION

Du droit de punir, envisagé dans ses rapports avec la théorie de la tentative

On ne saurait faire une étude de quelque portée sur la tentative, sans la rattacher à un principe supérieur qui domine tout le droit pénal : le droit de punir. Aussi nous a-t-il semblé nécessaire, au début de notre travail, d'établir l'existence de ce droit et d'en rechercher rapidement le fondement.

Le droit pour la société de réprimer certains actes qui menacent sa sécurité et sa conservation, est incontestable. Il a toujours été reconnu et exercé dans tous les temps et par tous les peuples. Les philosophes de l'antiquité l'ont proclamé : « Qu'aucun délit ne reste impuni dans la République : que le fugitif soit soumis à la sanction légale ; que la mort, les fers, le fouet, l'infamie, la relégation, les amendes, soient les suites inévitables de la violation des lois », a dit Platon (*de leg. dial.*, 9). Et Cicéron, dans son discours contre Verrés, n° 7, dit aussi : « Qu'on regarde le retour des

exilés, la liberté des prisonniers coupables, le pardon des hommes condamnés, comme des signes certains de la décadence de la République. »

Les écrivains et les criminalistes modernes ont employé toute leur éloquence, à donner à cette vérité un nouveau développement. Quelques esprits aventureux ou amoureux du paradoxe, ont seuls essayé de contester le droit social de punir.

Parmi ceux-ci, il convient de citer : M. Emile de Girardin, dans son livre intitulé : *Du droit de punir*. Dans cet ouvrage intéressant, bien que paradoxal, M. de Girardin nie à la société le droit d'infliger des peines. Il commence par faire table rase de tous les systèmes échafaudés pour le soutenir, et en conclut que la pénalité n'est pas légitime. Il l'admettrait cependant si elle était utile à la société ; mais son usage est, d'après lui, « moins utile que nuisible et moins tutélaire que dangereux ». La preuve en est, dans la récidive. Il conclut en préconisant la suppression des peines corporelles et leur remplacement par la publicité pénale, c'est-à-dire l'inscription de l'acte criminel sur un livret dont chaque citoyen serait porteur. On aperçoit de suite dans quelles inextricables difficultés cette théorie entraînerait le législateur. C'est là sans doute une des raisons pour lesquelles, malgré le chaleureux appel qui termine l'ouvrage, M. Emile de Girardin, n'a pas trouvé jusqu'ici d'imitateurs, ni même de contradicteurs. Nous n'insisterons pas davantage.

On considère généralement aussi, comme ne reconnaissant pas la légitimité du droit de punir, un certain nombre de médecins aliénistes, ou de phrénologistes,

qui ne veulent voir dans le criminel qu'un malade ou un fou. Cette idée n'est pas exacte.

Cette théorie a pour résultat inévitable de nier la liberté humaine, et partant la responsabilité. Mais s'ensuit-il qu'elle nie aussi le droit social de punir ? Nous ne le pensons pas. Comme le fait très justement remarquer M. Garraud (1), les défenseurs de ce système donnent à ce droit un tout autre fondement : « La loi naturelle de la lutte pour l'existence à laquelle la société humaine, comme tout ce qui vit ne saurait se soustraire ; sa justification, c'est l'acte d'agression volontaire, émanant du criminel ; sa sanction, c'est le pouvoir que possède le plus fort, d'imposer sa loi au plus faible. Il n'y a, a-t-on dit, aucune loi morale, à appliquer aux criminels, seulement, il y a des lois sociales fondées sur la nécessité. »

L'examen plus approfondi de ces théories excéderait trop largement le cadre de cette étude, pour que nous songions à nous y arrêter. Nous constaterons seulement qu'elles ne nient pas d'une façon absolue, comme on l'a soutenu le droit social de punir.

Le droit de punir est donc à peu près unanimement reconnu. A la rigueur, et pour ceux qui se contentent d'un aperçu rapide et superficiel, il pourrait suffire que ce grand principe ne rencontre point d'adversaires. Mais cette constatation ne satisfait ni le criminaliste, ni le philosophe, à qui il importe également de connaître les origines rationnelles de ce droit incontesté et nécessaire.

(1) *Traité du Droit pénal français*, tome I, page 38, note 1.

Cette question n'est certes pas purement spéculative. Il en est peu dont la solution se traduise dans la pratique, d'une manière aussi directe et aussi profonde. La législation changera absolument suivant la source d'où l'on fera découler le droit fondamental de toute pénalité. Si l'on adopte par exemple les systèmes qui se fondent sur l'idée de vengeance ou de défense, il sera impossible de maintenir l'égalité entre le crime entièrement consommé et celui dont une circonstance indépendante de la volonté de son auteur, empêche la réalisation. De même, comment justifier en matière de récidive, l'aggravation des peines, motivée par la non amélioration du coupable après une première et insuffisante expiation ? La connaissance de ces doctrines a encore une grande importance pour le fonctionnement de la justice répressive, et pour l'usage que le juge fait du pouvoir discrétionnaire qui lui est laissé, pour l'application de la peine.

Nous ne pouvons, ni ne voulons faire ici un examen approfondi et complet de toutes les doctrines qui ont été exposées à propos du droit de punir. Nous nous bornerons à passer en revue, aussi rapidement que possible, les principales d'entre elles. Nous le ferons d'autant plus volontiers, que les textes relatifs à la tentative vont nous fournir de précieuses indications.

Le siège de la matière de la tentative se trouve, nous le savons, dans les articles 2 et 3 du Code pénal. Ces articles ne nous indiquent pas évidemment d'une façon très nette, à quel principe fondamental le législateur a dû obéir ; mais, tout au moins, nous révèlent-ils quelque chose sur l'idée implicite de la loi à ce sujet.

En tout cas, ils nous permettent d'écarter certains systèmes dont ils contredisent les conséquences logiques, et restreignent ainsi le champ de l'investigation philosophique.

Voyons donc, tout d'abord, quelles sont les principales idées qui paraissent se dégager des articles 2 et 3, siège de notre matière.

1^o La première idée très nette que la lecture de ces textes suggère à notre esprit, c'est que la loi ne tient pas compte dans l'application de la peine, du résultat matériel obtenu. L'infraction simplement tentée ou manquée, et le crime entièrement consommé, sont en effet punis de la même peine. Il est cependant certain qu'ils diffèrent extrêmement, quant au résultat auquel ils sont parvenus, quant au mal social qu'ils ont causé. Cette différence a même paru à beaucoup, trop importante pour n'en pas tenir compte. Aussi, est-il à remarquer que cette complète assimilation, entre le crime simplement tenté et le crime consommé, a été très vivement et très justement critiquée. Nous verrons tout à l'heure, que d'heureuses modifications ont été apportées sur ce point à plusieurs Codes européens ; quoi qu'il en soit, le principe est certain, la loi ne tient pas compte du résultat pour fixer la peine.

2^o La loi française exige pour que là tentative d'une infraction soit punissable, que son exécution ait été commencée. Ce commencement d'exécution de l'infraction est une manifestation extérieure de la résolution criminelle. Ce n'est pas évidemment une manifestation quelconque, puisqu'elle doit nécessairement consister dans un commencement d'exécution ; mais nous pou-

vons dire cependant avec certitude : que la loi tient compte en principe de la manifestation extérieure de la volonté et de l'intention criminelles.

3^o L'étude des articles 2 et 3 nous en fait dégager une troisième idée très importante : c'est que la loi tient compte pour punir ou ne pas punir, de l'intérêt social.

En effet, nous voyons qu'elle s'abstient de punir l'agent dont le désistement volontaire est survenu après que l'exécution a été commencée, alors cependant qu'en règle générale, elle punit le commencement d'exécution.

D'où vient cette différence entre la tentative manquée ou suspendue par la volonté même de son auteur, et celle qui n'a échoué que par des circonstances qui lui sont étrangères ? Elle s'explique très aisément par des considérations d'ordre social. Le législateur a voulu, par l'espérance de l'impunité, ainsi accordée au désistement volontaire, arrêter le criminel dans l'exécution de l'infraction qu'il avait commencée.

Que l'on ne vienne pas dire que la société pardonne à celui qui n'a pas persévéré jusqu'au bout dans son dessein criminel ; et tient compte ainsi de la perversité plus ou moins grande de l'agent et de son repentir ! Nous verrons que le repentir n'efface pas l'infraction accomplie, ou la tentative réunissant les conditions de l'article 2 ; nous verrons que ce repentir, fût-il même accompagné de la réparation complète du préjudice que l'infraction ou sa tentative avaient causé, ne peut être invoqué comme une excuse ou un fait justificatif.

C'est donc avant tout de l'intérêt social, que la loi

tient compte pour punir. Mais cet intérêt ne va pas se mesurer uniquement, ainsi qu'on l'a soutenu, sur le préjudice plus ou moins considérable causé à la société. Nous voyons, en effet, que, d'une part, la loi ne tient pas compte du résultat obtenu, puisqu'elle frappe de la même peine la simple tentative et l'infraction consommée, et d'autre part, qu'elle s'abstient parfois de punir certains actes qui sont cependant de nature à nuire à la société.

Ce que la loi semble vouloir avant tout : c'est le maintien de l'ordre. En effet, le législateur n'intervient que lorsqu'un désordre social grave a été causé par l'agent, lorsque l'exécution est commencée.

Jusque-là, elle s'abstient de punir, bien que l'ordre ait été troublé par crainte d'un trouble plus grand encore. De même, les actes d'exécution vont rester impunis, si l'agent se désiste à temps ; la loi évitera ainsi souvent un désordre complet.

Donc, l'intérêt social, dont la loi se préoccupe, consiste principalement dans le maintien de l'ordre. L'on voit, par ce rapide aperçu, combien la théorie de la tentative en droit français se rattache étroitement à la théorie générale du droit de punir.

Examinons, maintenant, brièvement les différents systèmes développés à propos de ce droit fondamental.

Nous adopterons pour cet examen un certain ordre, qui sera celui dans lequel ces systèmes se sont produits. Nous verrons que chacun d'eux est un progrès sur ceux qui l'ont précédé.

La première idée à laquelle on ait cherché à ratta-

cher la justice criminelle est celle de la vengeance. Si l'on étudie son développement historique, il est facile d'en suivre l'évolution. C'est d'abord la vengeance privée, dans laquelle le pouvoir social, encore trop faible, n'intervient que pour ménager une composition pécuniaire, au moyen de laquelle la paix sera rétablie. Puis, plus tard, lorsque les pouvoirs sociaux sont plus forts et régulièrement constitués, ce sont les souverains qui se considèrent comme les mandataires de Dieu, dont ils tiennent leurs pouvoirs, et comme ayant reçu de lui la mission de venger le crime.

Le droit pénal puise alors ses inspirations dans l'idée de la vengeance, dans le dogme de l'expiation, et a en vue l'effet préventif de l'intimidation, produit par la publicité des supplices. Nous savons qu'ils étaient terribles et nombreux. On a constaté qu'avant 1789, la peine de mort était employée pour la répression de plus de 115 espèces de crimes, et parmi les modes divers de la faire subir, paraissent les supplices de la roue, du feu, de l'écartèlement, de l'enfouissement des individus vivants, de la décapitation, de la potence, etc...

Cette théorie de la vengeance confond l'origine historique du droit de punir, avec son origine philosophique. Il est certain qu'au début, lorsque la justice sociale n'existait pas et que les personnes étaient obligées de se défendre elles-mêmes, le droit de vengeance était le principe des peines. Mais au point de vue philosophique, la vengeance est impuissante à légitimer la peine ; elle exclut toute idée d'équité et de modération.

Aussi fut-elle fortement attaquée au XVIII^e siècle par

les philosophes, et remplacée par le système du contrat social qui faisait émaner le droit de punir, d'une convention primitive, intervenue lors de la formation des sociétés. Il fut exposé par Hobbes (*De Cive*), par Locke, et surtout par Beccaria, dans son traité. « Des délits et des peines » et par J.-J. Rousseau dans son fameux *Contrat social*. Nous savons que ce système a revêtu une double forme. Dans la première, chaque individu est réputé avoir consenti, pour prix de la protection qu'il stipule de la société, à être puni par le pouvoir social, s'il transgresse les lois ; dans la seconde, chaque individu à l'état de nature, a le droit de se défendre contre les attaques dont il est l'objet ; en entrant dans la société, il lui délègue ce droit de défense.

Nous ne nous attarderons pas davantage, à faire ici un exposé détaillé de ces doctrines, aujourd'hui universellement abandonnées. Qu'il nous suffise de remarquer, que ce système du contrat social repose sur la supposition d'un état de nature, qui n'est qu'une pure hypothèse et manque de réalité. Jamais les hommes n'ont été rencontrés dans un état d'isolement complet qui aurait exclu tous rapports sociaux. L'homme a été incontestablement créé pour la vie sociale, et l'origine du droit de punir doit être recherchée, non dans une fiction idéale, mais dans les nécessités du maintien de l'ordre social et de la paix publique.

Ce système toutefois, qui eut au siècle dernier, un immense retentissement, eut cette conséquence heureuse de faire admettre le principe : que l'emploi des

peines ne peut être autorisé que dans la mesure de ce qui est strictement nécessaire pour protéger les personnes et les droits. De là l'abandon de ces supplices atroces, dont le spectacle, loin de moraliser les masses, ne faisait qu'exciter chez elles une certaine férocité.

La théorie du contrat social fut battue en brèche vers la fin du XVIII^e siècle par des logiciens, qui ne tardèrent pas à faire dominer leurs doctrines tendant à ne reconnaître, comme source de tout droit, que l'utilité. C'est ce qu'on appelle le système utilitaire dont l'apôtre est incontestablement Jérémie Bentham, célèbre philosophe anglais. Son influence fut considérable, car il a inspiré les rédacteurs de notre Code pénal de 1810. Bentham donne à la société le droit de punir tous les faits qu'elle a intérêt à réprimer, et le droit d'aggraver indéfiniment les peines suivant le péril social : « Ce qui justifie la peine, dit-il, c'est son utilité majeure, ou pour mieux dire sa nécessité..... Les délinquants sont des ennemis publics. Où est le besoin que les ennemis consentent à être désarmés et contenus (1). »

Ce système conduit à des conséquences inacceptables. Au point de vue moral, il conduit à la négation de toute idée de bien et de mal, de justice, de devoir et d'obligation, de mérite et de démerite. En politique, l'utilitarisme aboutit au règne de la force et au despotisme. En droit, il implique l'absence de toute notion

(1) BENTHAM. *Théorie des peines et des récompenses*. tome I ; p. 7.

de justice et une exagération de pénalité de nature à produire l'intimidation.

D'après un autre système, très proche parent du précédent, la société, être collectif, dont l'existence est tout aussi légitime que celle de l'être individuel, a, comme ce dernier, le droit de conservation, et l'exerce par le droit de punir, qui n'est autre chose que le droit de légitime défense sociale. La base assignée ici au droit de punir, nous paraît absolument fausse. La légitime défense suppose l'actualité, l'imminence du péril qu'elle a pour but de repousser, et elle disparaît lorsque le danger est passé, pour n'être plus qu'une vengeance, qu'une violence illégitime (1).

A l'utilitarisme s'oppose tout naturellement le système fondé sur la justice absolue; qui a été développé pour la première fois par Kant, dans ses principes philosophiques du droit. Il considère la peine comme une expiation. Il repose sur la notion morale du mérite et du démérite des actions humaines et sur la loi morale du devoir. La justice absolue exige que toute action coupable soit suivie d'un châtiment. Cette doctrine, souvent reproduite, ne nous paraît pas acceptable, parce qu'elle est à la fois insuffisante et dangereuse.

Insuffisante, car si elle explique comment l'application de la peine est un acte de justice, elle ne démontre pas que la société ait le droit de l'infliger, et laisse non résolue la question du droit pour la société de

(1) V. ORTOLAN et DESJARDIN. *Eléments de Droit pénal*; tome I, n° 180.

punir. Dangereuse, car en confiant au juge l'exercice du droit d'infliger l'expiation, elle entraînerait en ce monde l'expiation de toutes les fautes, et la confusion, regrettable pour la liberté, de la loi morale et de la loi sociale. De plus, elle est dans l'impossibilité de justifier les châtimens infligés pour des infractions et des dispositions du droit positif pur, qui n'ont aucun rapport avec la morale : telles, par exemple, que les lois sanitaires, les lois fiscales, etc...

Jusqu'ici, on le voit, aucune des idées mises en avant n'est pleinement satisfaisante. On s'est demandé alors si la vraie solution du problème, ne se trouvait pas dans la combinaison des deux principales idées que l'on n'avait cessé jusqu'alors d'opposer l'une à l'autre, l'idée de justice et celle d'utilité. De là sont nés les systèmes mixtes qui, développés par Rossi en 1829, ont inspiré la plupart des criminalistes modernes.

Dans ces systèmes, le droit social de punir trouve son principe dans la justice, et la mesure de son exercice dans l'utilité. La peine ne doit atteindre que les actions qui blessent la morale sociale, mais elle ne les atteint pas toutes ; car la société ne peut punir que les actions dont la répression lui est utile. La société emploie l'expiation, comme moyen de prévenir la perpétration des délits ; la loi frappe le coupable à la fois parce qu'il fait le mal et pour empêcher que ce mal ne se reproduise ; elle agit dans un but d'utilité en employant un moyen moral. « Pas plus qu'il n'est juste, pas plus qu'il n'est utile », telle est la formule par laquelle l'école nouvelle, légitime et limite en même temps le droit social de punir.

Cette théorie à laquelle nous nous rallions complètement, a eu déjà une très heureuse influence sur notre législation pénale. C'est d'elle que se sont inspirés les auteurs de la loi de révision générale du 28 avril 1832 ; son influence s'est manifestée depuis, dans un adoucissement progressif des peines et dans un pouvoir d'appréciation plus grand, donné aux juges, leur permettant ainsi d'analyser plus justement, les nuances, si délicates à saisir, de la moralité humaine. C'est à elle aussi que nous devons la généralisation de l'article 463, relatif aux circonstances atténuantes.

Nous citerons en terminant ce très rapide exposé, ce passage d'un discours prononcé en 1853 par M. du Mirail qui nous paraît avoir résumé en quelques mots, les idées que nous croyons justes : « Le but de toute peine doit être l'expiation du crime, l'amendement du coupable, la préservation de la société. Il n'y a pas d'expiation intelligente du crime, sans amendement du coupable ; il n'y a pas d'amendement sérieux et sûr, sans expiation ; il n'y a pas de préservation complète sans l'amendement du coupable et sans l'expiation exemplaire du crime. L'intérêt de la société n'est jamais autre que celui de la justice. Il se confondent toujours. »

NOTIONS HISTORIQUES

et Législation comparée

I. — DROIT ROMAIN. — Les Romains avaient-ils élaboré une théorie générale de la tentative ? Grave question à laquelle bien des réponses différentes ont déjà été faites. Sans vouloir examiner de près, ni discuter les nombreux systèmes auxquels cette matière a donné naissance, nous pensons, en présence de la grande quantité de textes assez peu concordants qui se trouvent au Digeste, que cette théorie générale n'existait pas. Pour se rendre compte néanmoins de ce qu'était la tentative chez les Romains, il importe de faire une distinction essentielle.

En Droit romain, les incriminations se divisaient en incriminations ordinaires et incriminations extraordinaires. Les premières (*crimina ordinaria*) étaient celles qui étaient spécialement prévues par une loi et dont la procédure était à l'avance textuellement organisée. Dans cette première classe une sous distinction s'impose entre les *crimina publica* et les *delicta privata*.

1^o *Delicta privata*. Relativement aux délits privés, tels que le vol, l'injure, etc., on ne conçoit même pas la possibilité d'un système sur la tentative. Pour les Romains, en effet, le délit privé prend naissance dans la lésion subie par un droit individuel et l'action qui en résulte tend moins à frapper le coupable, qu'à faire obtenir à la victime une réparation pécuniaire supérieure au préjudice causé.

Il résulte de là que, faute d'un délit entièrement consommé, l'action pénale privée manquait de base, et que la tentative demeurerait forcément impunie. *Qui furti faciendi causa, conclave intravit, nondum fur est, quamvis furandi causa intravit. Quid ergo, qua actione tenebitur? Utique injuriarum aut de vi accusabitur, si per vim intravit*. Ulpien (Fr. 2, § 7. Dig. *De furtis*, XLVII, 2).

2^o *Crimina publica*. Les lois établies pour frapper certains crimes publics, ne semblent pas non plus pouvoir se rattacher à une idée générale et directrice.

Elles frappent, en effet, tantôt la seule intention, tantôt les actes simplement préparatoires, tantôt le commencement d'exécution, c'est-à-dire la tentative.

C'est ainsi que pour les crimes très graves, tels que le crime de lèse-majesté, le parricide, l'empoisonnement, le maléfice, la manifestation de la simple volonté est punissable : *in maleficiis voluntas spectatur, non exitus* (1).

(1) CALLISTRATE, 14. *Dig. Ad. leg. Corneliam de Sicariis* XLVIII, 8.

La loi Cornelia *de Sicariis* punissait aussi un certain nombre d'actes qui ne sont à nos yeux, que des actes purement préparatoires : tels que le fait de celui qui marcherait armé (*cum telo ambulaverit*), dans l'intention de tuer, ou de voler; de celui qui fabriquerait ou posséderait des poisons dans l'intention de tuer (*qui hominis necandi causa confecerit, dederit*, de celui qui vendrait en public des substances dangereuses, etc., etc. (1)...

Il est juste d'ailleurs, de remarquer que ces divers actes ne sont pas incriminés en tant qu'actes préparatoires par la loi Cornelia, mais en tant que délits spéciaux. Nous trouvons enfin des exemples de faits réprimés à titre de tentative manifestée par un commencement d'exécution. C'est ce que nous lisons dans un fragment des Sentences de Paul : *qui hominem occiderit, aliquando absolvitur; et qui non occidit ut homicida damnatur, consilium enim unius cujusque non factum puniendum est. Ideoque qui, cum velle occidere in casu alioque perpetrare non potuerit ut homicida punietur, et is qui casu jactu teli hominem imprudenter occiderit absolverit* (2).

Les Crimina extraordinaria ne vont pas davantage nous fournir la preuve de l'existence d'une théorie générale de la tentative. Ce sont ceux dont la poursuite n'était pas spécialement organisée par une loi, et qui tombaient sous le coup de la juridiction extra-

(1) MARCIEN, 1. *Dig., cod. tit.*

(2) PAUL. *Sentences*. Liv. V., tit. 23, par. 3.

ordinaire du magistrat. Celui-ci pouvait appliquer la peine avec une entière liberté. Pratiquement on a pu constater que, d'une façon générale, les magistrats infligeaient à la tentative des peines inférieures à celles du crime consommé. Il arrivait aussi que suivant les circonstances, la tentative restait impunie. Parfois enfin, elle était envisagée comme une *injuria* quand elle réunissait les éléments constitutifs de ce délit : tel était par exemple le cas de celui qui s'introduisait clandestinement dans une maison pour y commettre un vol (1).

En résumé, il nous paraît certain que les Romains n'avaient organisé aucune théorie générale de la tentative. Mais ils ont posé cependant un certain nombre de règles que nous trouvons indiquées dans l'ouvrage fort intéressant de M. Humbert à qui nous empruntons sa conclusion (2).

« 1° Les faits internes sont soustraits à toute répression. 2° Une infraction peut être considérée comme complète alors que le *dolus* se manifeste par un fait actif, dirigé vers le mal poursuivi par l'agent. 3° En matière de *crimina ordinaria*, les lois appliquent souvent la même pénalité à tous les actes rentrant dans cette définition du *dolus* ; mais relativement aux *crimina extraordinaria*, cela dépend des circonstances déterminées par la jurisprudence. Au contraire en

(1) PAUL. *Sentences*. Livre V, lit. 4, par. 38 et 48.

(2) HUMBERT. *De la tentative en droit criminel romain. Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1862, page 407.

matière de délits privés, la nature des choses veut que l'infraction punissable ne puisse consister en général que dans le délit consommé..... ces règles ne formaient pas une théorie de la tentative, mais elles présentaient certaines bases propres à déterminer les caractères essentiels des crimes. En posant ces jalons, les Romains ont préparé les voies à la science des criminalistes modernes. »

II. ANCIEN DROIT. — Notre ancienne jurisprudence avait très finement analysé les divers degrés de la tentative. Elle distinguait en effet, la tentative éloignée (*conatus remotus*) comprenant seulement les actes préparatoires, et la tentative prochaine, ou très prochaine (*conatus proximus*), lorsque l'agent en était arrivé aux actes d'exécution. Malheureusement cette distinction entre les actes préparatoires et les actes d'exécution, bien qu'exactement établie en principe, ne fut pas scrupuleusement respectée, et nous voyons fréquemment la pratique ancienne confondre les uns et les autres.

Les peines étant, nous le savons, laissées à l'arbitraire du juge, celui-ci pouvait facilement proportionner le châtement au degré plus ou moins avancé de la tentative. Donc, en général, et pour les crimes ordinaires, elle était punie d'une peine moindre que celle du délit consommé.

Il y avait une exception toutefois concernant les crimes atroces. La tentative, à l'égard de ces crimes, était punie de la peine même du crime consommé.

C'est ce que nous apprend Jousse dans son *Traité*

de la Justice criminelle (1). Après avoir reconnu que la tentative doit être punie il ajoute : « Mais il faut cependant observer que toutes les fois que le crime n'est pas suivi d'effet, il ne doit pas être puni de la peine ordinaire due au crime ; si ce n'est dans quelques cas dont on va parler. Dans les crimes énormes et qu'on regarde comme les plus graves, le simple attentat, quoique non suivi d'effet, doit être puni de la même peine que si le crime eut été consommé. »

Nous trouvons encore à propos des crimes atroces, ou plutôt de l'un d'eux, une autre exception à la règle générale. Quelque confusion qu'il ait existé, en effet, souvent, jadis, entre le *conatus remotus* et le *conatus proximus*, il n'en faut pas moins reconnaître que le grand principe de l'impunité absolue de la pensée et de la résolution criminelle, était à peu près universellement établi et respecté. Pour le seul crime de lèse-majesté au premier chef, il en était autrement, et nous verrons que la simple pensée du crime pouvait entraîner la peine de mort. C'est encore Jousse qui nous l'apprend un peu plus loin. « Mais la seule pensée de commettre un crime ne se punit point à moins qu'elle ne soit manifestée par quelque acte extérieur. Dans le crime de lèse-majesté, la seule pensée manifestée par des paroles se punit. »

III. DROIT INTERMÉDIAIRE. — Le Code pénal des 25 sept. 6 oct. 1791 ne punissait comme le crime même que la tentative d'empoisonnement et celle d'assassi-

(1) JOUSSE. Tome, II p. 637.

nat dans ses articles 13, 15 et 16. Ces textes étaient d'ailleurs les seuls concernant la tentative. Le Code était muet sur toutes les autres infractions. Il en résultait que, le système de l'arbitraire des peines étant remplacé par celui de la légalité, toutes les autres tentatives restaient impunies.

Une loi du 22 prairial an IV vint remédier à cet état de choses, et pour la première fois élaborait une véritable théorie de la tentative en matière criminelle. « Le Conseil..... : Considérant que le Code pénal ne prononce aucune peine contre les tentatives du vol, de l'incendie et des autres crimes à l'exception de l'assassinat et de l'empoisonnement ; — Considérant, que l'impunité enhardit et multiplie les coupables ; prend les résolutions suivantes : — Toute tentative de crime, manifestée par des actes extérieurs et suivie d'un commencement d'exécution, sera punie comme le crime même, si elle n'a été suspendue que par des circonstances fortuites, indépendantes de la volonté du prévenu. »

Il est à remarquer que c'est également la première fois, que l'on exige pour la punition de la tentative un commencement d'exécution. Toute confusion dès lors disparaît. Les actes internes restent naturellement en dehors de la répression, et il en est incontestablement, de même des actes préparatoires. La seule difficulté sera désormais de rechercher ce qu'il faut entendre par actes préparatoires et par actes d'exécution ; s'il existe, ou s'il est possible d'établir un critérium certain permettant de les distinguer nettement les uns des autres.

La loi du 22 prairial an IV ne s'était occupée que de la tentative de crime ; la tentative de délit restait donc impunie. Une loi du 25 frimaire an VIII vint combler cette lacune, en étendant à la tentative de délit toutes les dispositions précédemment appliquées à celle de crime.

IV. — DROIT ACTUEL. — Les dispositions de la loi de prairial an IV passèrent presque textuellement dans les art. 2 et 3 du Code pénal de 1810, puis dans la loi de révision du 28 avril 1832, à l'exception d'une légère modification de l'article 2. La loi de 1832 supprima dans son nouveau texte les mots : « par des actes extérieurs », laissant seulement subsister l'exigence d'un commencement d'exécution (1).

Remarquons, en terminant cette rapide esquisse, que la loi de 1832 a conservé le principe de l'assimilation de la tentative au crime ou délit consommé, en confiant au juge le soin d'établir la différence pour la répression, au moyen des circonstances atténuantes.

Tel est donc l'état de la législation française actuelle sur la tentative. Avant d'aborder le point particulier qui fait le fond même de notre travail, il est nécessaire, croyons-nous, de jeter un coup d'œil rapide sur les législations étrangères.

(1) La lecture des travaux préparatoires ne nous fournit aucune explication des motifs qui ont amené cette suppression. On suppose généralement qu'on a voulu seulement par là, simplifier la rédaction de l'article en évitant une répétition inutile ; les actes d'exécution étant forcément toujours des actes extérieurs.

Nous n'avons pas cru devoir cependant, faire de cette étude de législation comparée un chapitre isolé, ne se rattachant que très indirectement à la théorie qui nous préoccupe. Nous nous proposons d'examiner les principales phases par lesquelles passe une infraction, depuis sa conception première dans le cerveau humain, jusqu'à son entière consommation. Nous verrons à propos de chacune de ces phases, comment ont décidé les principaux pays qui nous environnent.

On peut ramener à quatre les éléments généraux constitutifs de toute infraction. Lorsqu'une juridiction pénale déclare un individu coupable de telle infraction, cette déclaration contient implicitement les quatre points suivants :

1^o Que tel individu a accompli tel fait déterminé, c'est l'élément matériel;

2^o Qu'il l'a perpétré avec discernement et liberté : élément moral;

3^o Que ce fait était prévu et puni par la loi : élément légal;

4^o Que cet acte enfin, ne se justifiait pas par l'exercice d'un droit : c'est l'élément injuste.

C'est du premier et du plus important de ces éléments que nous allons entreprendre l'étude : de l'élément matériel. Mais la question est des plus complexes et nous ne pouvons songer à l'examiner sur toutes ses faces. Notre but, infiniment plus modeste, est de rechercher et de déterminer avec quelque précision sa constitution et son objet, dans son application à la théorie de la tentative.

La tentative est un effort fait par l'agent pour réaliser une infraction ; c'est une des phases par lesquelles passe la réalisation d'un acte criminel.

L'analyse nous permet, en effet, de reconnaître, entre la conception première d'une infraction et son entière consommation, un certain nombre de degrés qu'il importe de distinguer soigneusement. Tout d'abord l'idée du mal va germer dans l'esprit de l'agent ; elle va peu à peu s'y développer, s'y préciser, y prendre racine, jusqu'au moment où, définitivement entraîné par elle, il prend la résolution d'accomplir son crime. C'est la première phase, celle de la conception et de la résolution, phase absolument interne, dont rien ne transpire au dehors, et qui échappe par conséquent à toutes nos investigations.

Sa résolution une fois prise, l'agent va songer aux moyens de la mettre en œuvre, de la réaliser. Il va combiner dans son esprit les procédés qui pourront le conduire à son but. C'est ce que l'on a appelé la phase de la délibération. Jusqu'ici nous ne pouvons rien savoir ; tout s'est passé en dehors de nous, dans le domaine de la pensée, où nul ne peut pénétrer.

C'est un principe de droit presque universellement reconnu et adopté par toutes les législations, que la conception et la résolution criminelles doivent échapper à toute répression. Le Code pénal russe est actuellement le seul parmi les Codes européens, qui punisse la simple résolution criminelle lorsqu'elle est constatée (art. 111). En France, le principe est consacré par l'article 2 du Code pénal, qui ne punit la tentative criminelle que si elle a été manifestée par un commence-

ment d'exécution (1). Et remarquons qu'il en serait ainsi, alors même que la résolution criminelle aurait été constatée par des aveux, ou communiquée à d'autres verbalement ou par écrit.

Cependant, ce grand principe, nous le savons, n'a pas toujours été reconnu, et l'histoire nous montre des exemples de condamnations à la peine capitale, qui furent prononcées et exécutées contre des individus, auxquels on ne pouvait reprocher que des pensées coupables. Ainsi Montesquieu rapporte le fait suivant : « Un Maryas songea qu'il coupait la gorge à Denys. Celui-ci le fit mourir, disant qu'il n'y aurait pas songé la nuit, s'il n'y eut pensé le jour. C'était une grande tyrannie, car quand même il y aurait pensé il n'y avait pas attenté. Les lois ne se chargent de punir que les actions extérieures (2).

Le même principe rigoureux, appliqué sous l'empire romain, passa, nous l'avons vu, dans notre ancien droit, où nous en trouvons rapportée une mémorable application par un vieil auteur, La Roche-Flavin, président au Parlement de Toulouse (3) : « Bien que Dieu se soit réservé le jugement et la punition des pensées, dit-il, si est-ce qu'en crime de lèse-majesté au premier

(1) L'article 414 du Code pénal russe est ainsi conçu : « Qui-conque manifeste de vive voix, par écrit, par un acte quel qu'il soit l'intention de commettre un délit, est punissable pour cette intention coupable, du moins dans les cas prévus par la loi. »

(2) MONTESQUIEU. *Esprit des lois*, liv. XII, chap. XI.

(3) LA ROCHE FLAVIN. *Les Parlements de France*, p. 866, n° 7.

chef, qui est d'entreprendre contre la personne du Roy, on punit la seule cogitation, dont nous avons eu un arrest mémorable, donné du temps du roy François I^{er}, contre un gentilhomme de Normandie, qui, s'étant confessé à un Cordelier, qu'il avait eu envie de tuer le roy, dont il se repentait et en demandait pardon, en eust bien sur l'heure absolution du confesseur ; toutefois, le roi François en ayant eu avis et l'ayant renvoyé en son Parlement de Paris, il perdit la vie, comme l'avons dit ci-dessus (1).

Lorsque sa résolution est définitivement arrêtée, lorsque son plan est achevé, l'agent tend à le mettre à exécution. Cette tendance se manifeste par des actes externes. Mais ces actes peuvent prendre deux formes : ce sont des actes préparatoires, ou des actes d'exécution.

Les actes préparatoires peuvent être définis : les actes par lesquels l'agent se procure, apprête et dispose, les moyens qui doivent servir à l'accomplissement du projet criminel. Ce sera, par exemple, l'achat du poison destiné à donner la mort, ou encore le chargement du fusil dont l'agent a l'intention de se servir pour commettre un crime. Comme les actes d'exécution, ce sont des actes externes et matériels, mais ils en diffèrent profondément, en ce qu'ils ne constituent pas,

(1) En Angleterre, on a également, pendant longtemps, appliqué au crime de haute trahison la règle : *voluntas pro facto habetur*. Blackstone cite des condamnations prononcées pour avoir imaginé d'attenter à la personne du roi.

comme eux, l'élément matériel nécessaire pour justifier la répression.

Il résulte également, en effet, du texte de notre article 2 que les actes préparatoires restent impunis. Aux termes de l'article, le commencement d'exécution seul est punissable.

Ce principe libéral a fini par triompher dans le Droit moderne. Il est admis, actuellement, par toutes les législations. La jurisprudence anglaise fait seule exception, et, sans toutefois l'édicter en théorie générale, punit parfois des actes simplement préparatoires (1). La distinction entre ces actes et le commencement d'exécution n'a même pas été nettement formulée dans les deux projets de codification de 1877 et de 1879. Il est donc à présumer que longtemps encore, l'Angleterre restera rebelle aux progrès accomplis sur ce point par les autres Etats de l'Europe.

Une institution assez curieuse de certains cantons de la Suisse mérite également d'être signalée. Le Code pénal du canton d'Unterwalden-le-Haut ou Obwalden (art. 19), et celui du canton de Schaffouse (art. 52), après avoir déclaré que la tentative manifestée seulement par des actes préparatoires n'est pas punissable, décident que, dans ce cas, le juge peut, cependant, soumettre l'agent à une surveillance de la police, selon le premier, si la sécurité l'exige, selon le second, si le

(1) V. STEPHEN, *The digest of the criminal law*, art. 49, p. 29, et les décisions judiciaires rapportées à la page suivante.

crime, dont l'acte incriminé constituait la préparation, est puni d'une peine grave.

Il arrive cependant, parfois, que les actes préparatoires sont incriminés : c'est lorsqu'ils consistent dans des actes prévus par la loi ; mais ils constituent alors des délits spéciaux, réprimés au moyen d'autres peines que celles qui sont établies pour la répression des délits, en vue desquels ils ont été accomplis. Exemples : La mort donnée à un chien de garde pour l'exécution d'un vol ou de tout autre attentat (art. 454) ; l'association de malfaiteurs (art. 265 à 268), etc. Mais le principe n'en reste pas moins certain : les actes préparatoires échappent à toute répression. Quelle en est la raison ?

Elle est double. C'est d'abord que l'acte simplement préparatoire est généralement un acte équivoque, sans signification absolument précise. On ne sait à quel crime ou à quel délit le rattacher. Ainsi, l'achat d'une substance vénéneuse peut, évidemment, constituer un acte préparatoire du crime d'empoisonnement, mais il peut aussi être fait dans un tout autre but, tout à fait inoffensif, dans l'intention, par exemple, de s'en servir pour des manipulations photographiques. Le dessein criminel n'est pas établi, il ne peut être déduit de l'examen du fait pris en lui-même.

Mais la raison décisive, c'est que le mal, résultat naturel du crime ou du délit, n'a pas été atteint ; c'est qu'il faudrait, pour que ce mal soit accompli, une persistance de volonté criminelle chez l'agent, dont la loi n'est certaine que lorsqu'il y a eu un commencement d'exécution. Jusque-là, la société a plus d'intérêt

à pardonner, pour arrêter l'agent, qu'à le frapper pour le pousser à commettre l'infraction. Il est très probable, en effet, que l'individu dont l'intention est de perpétrer un délit, reculera devant la perspective du châtimement qu'il encourrait, en s'engageant plus avant dans la voie où il était entré, et sera retenu par l'assurance que, jusque-là, il n'a encouru aucune peine. C'est, du moins, une chance à courir, chance très médiocre, disent quelques-uns, mais si faible que soit cet espoir de rédemption, il méritait d'être consacré dans nos lois.

La législation française n'établit pas, nous le savons, au point de vue de la pénalité, de phase intermédiaire; elle passe brusquement de l'impunité des actes préparatoires, à la peine même du crime consommé. Ce système a été et est encore l'objet des critiques les plus justifiées. C'est là une grave lacune dans notre loi pénale, lacune qui sera certainement comblée dans un avenir prochain. La Commission de révision s'est, en effet, ralliée à la théorie généralement adoptée, en proposant le texte suivant :

« Si la peine prononcée par la loi est la mort, le coupable sera puni de l'emprisonnement perpétuel; — Si la peine prononcée par la loi est l'emprisonnement perpétuel, le coupable sera puni de l'emprisonnement de 10 à 20 ans; — Si la peine prononcée par la loi est l'emprisonnement temporaire ou la détention; le maximum sera abaissé d'un tiers. »

La France est, d'ailleurs, à ce point de vue, dans un isolement à peu près complet. La plupart des législations étrangères admettent un adoucissement de la

peine en faveur de la tentative. Quelques-unes même distinguent entre les divers degrés de la tentative. (Espagne, Russie, Portugal, Norwège, Italie et plusieurs cantons suisses.)

On trouvera l'indication très exacte et très complète des principes adoptés par les divers Codes pénaux étrangers dans l'ouvrage de Molinier et Vidal, tome II, pages 55 et suivantes.

L'intérêt qu'il y a, à distinguer, dans notre Droit, les actes d'exécution seuls punissables et les actes simplement préparatoires non réprimés, s'indique de lui-même et n'a pas besoin de commentaires. Cette distinction est extrêmement délicate, aussi verrons-nous, par la suite, qu'un très grand nombre d'auteurs l'ont étudiée avec grand soin, sans arriver à pouvoir se mettre d'accord entre eux, non plus, d'ailleurs, qu'avec la jurisprudence.

La tentative représente la phase intermédiaire qui s'étend entre la préparation de l'infraction et sa consommation effective. Il est donc nécessaire d'en déterminer les deux points extrêmes. De là, pour nous, l'obligation de diviser notre étude en deux parties principales. Dans la première, nous rechercherons en quoi consiste le commencement d'exécution exigé par la loi, pour rendre la tentative punissable. Ce sera de beaucoup la plus longue et la plus importante.

Dans la seconde, nous aurons à nous demander à quel moment l'exécution d'une infraction cesse d'être une tentative, pour prendre le caractère d'une infraction consommée.

PREMIÈRE PARTIE

Du commencement d'exécution

CHAPITRE PREMIER

Théories générales

La loi n'indique pas de critérium, permettant de distinguer l'acte préparatoire de l'acte d'exécution. Elle ne le pouvait pas. Le point précis où commence l'exécution d'un délit ne saurait être désigné d'une façon abstraite et générale; il doit être déterminé d'après la nature et les circonstances de chaque infraction.

En résulte-t-il que la question de savoir si un fait constitue un acte préparatoire ou un acte d'exécution, soit une question de fait échappant absolument au contrôle de la Cour de cassation ? Nous ne le pensons pas. Si la matérialité des actes dépend, en effet, de l'appréciation souveraine des juges du fait, il en est autrement des conséquences légales qu'ils comportent.

Certainement, la Cour de cassation ne peut pas, si le juge du fait a décidé qu'un acte n'a pas le caractère d'un acte d'exécution, se faire donner le dossier et rechercher si cette décision est exacte ; mais dès qu'un fait est reconnu constant, elle a le droit de vérifier le caractère qui lui est donné. La question sort alors du domaine du fait pour entrer dans celui du droit. La jurisprudence de la Cour de cassation elle-même s'est, d'ailleurs, après bien des variations, définitivement, semble-t-il, fixée en ce sens, et la question n'est plus actuellement sérieusement discutée (1).

La distinction des actes d'exécution et des actes préparatoires est donc une question de droit. Mais comment faudra-t-il la résoudre ? La difficulté qu'il y a, à formuler un critérium certain est extrême, en présence du mutisme de la loi. Les auteurs ne sont généralement pas d'accord, sur la règle qu'il faut suivre, sur le principe à adopter.

De nombreux systèmes ont été mis en avant. Nous allons les étudier avec grand soin, en les résumant de notre mieux ; nous verrons ensuite quel enseignement nous pouvons tirer de cette étude, et dans quel sens, doit, à notre avis, s'orienter le juge chargé d'attribuer à tel ou tel fait, son véritable caractère.

Une première opinion a été exposée et soutenue par MM. Ortolan et Desjardins. Ces auteurs posent en

(1) V. notamment en ce sens les arrêts de Cass., du 20 juillet 1861. S., 1861, 1, 1020 ; du 14 octobre 1854, S., 54, 1, 125 ; du 17 décembre 1874, S., 1875, 1, 385 et aussi un arrêt plus récent du 2 juillet 1886, P., 87, 1, 1188.

règle générale : que le commencement d'exécution qui doit être qualifié de tentative « est le commencement de l'acte même constitutif du délit, et non le commencement, ni même l'accomplissement en entier des actes préliminaires qui y conduisent. C'est à ce commencement de l'acte même du délit que se rapportent les raisonnements sur lesquels sont fondées les solutions qui précèdent, Or, dans les actes préliminaires, bien que l'agent se soit déjà mis en activité, l'acte même du délit n'est pas commencé, il n'y a que des actes préparatoires accomplis. Telle devra être selon nous, l'interprétation à adopter en règle commune par la jurisprudence. (1). »

Cette doctrine est évidemment à la fois, très simple et très commode. Elle supprime d'un seul coup toutes les difficultés. Plus d'erreur possible ; un fait ne peut réunir les caractères de la tentative punissable que s'il est le commencement d'exécution de l'acte même constitutif du délit : ainsi, d'après M. Ortolan, il ne pourrait y avoir tentative de vol que lorsque l'agent a déjà mis la main sur l'objet qu'il avait l'intention de voler. L'auteur, il est vrai, n'a pas osé pousser sa théorie jusqu'en ses dernières conséquences ; il en repousse l'application dans certains cas ; celui par exemple où l'agent aurait été arrêté, au moment où il fracturait le tiroir d'un bureau dans lequel il savait trouver de l'argent. Il y aurait, dit-il, quelque subtilité, à ne pas

(1) J. ORTOLAN et ALBERT DESJARDINS. *Eléments de Droit Pénal*. 5^e édit., tome I, n^{os} 4012 et s.

reconnaître à ce fait le caractère d'une tentative de vol.

Cette concession est déjà fort compromettante. Mais la théorie toute entière nous paraît devoir être rejetée.

Elle repose sur une confusion. Il est incontestable, en effet, que la tentative existe lorsque l'agent a commencé l'acte principal, l'acte qui, suivant les dispositions de la loi, constitue le crime.

Mais, entre l'achèvement des préparatifs et le commencement de l'acte même constitutif du crime, il y a une série d'actes intermédiaires qui se rapprochent plus ou moins du fait principal. Ces actes peuvent-ils être considérés comme une tentative? Non, répond sans hésiter M. Ortolan, tranchant ainsi toutes les difficultés; non, car pour qu'il y ait tentative, il faut que l'acte même constitutif du délit soit commencé. Nous ferons remarquer tout d'abord, que telle n'a certainement pas été la théorie dont s'est inspiré le législateur. Cette doctrine, lui aurait permis, en effet, s'il l'eut adoptée, de déterminer avec précision le commencement d'exécution de chaque infraction. Or, nous savons qu'il n'en a rien fait et que c'est précisément de son silence, que sont nées toutes les difficultés que soulève le commencement d'exécution, difficultés qu'il nous faut essayer de résoudre et que supprimerait purement et simplement la théorie que nous combattons.

De plus, ces auteurs nous paraissent avoir méconnu cette notion essentielle, qu'il ne faut jamais perdre de vue : c'est que la tentative a deux degrés. Cette distinction ne se trouve, il est vrai, nulle part écrite dans

la loi, mais, rien, non plus, ne vient la contredire. Elle était législativement consacrée dans l'article 88 du Code pénal de 1810, modifié depuis par la loi de révision du 28 avril 1832. Ce texte, définissait ainsi l'attentat, en matière de crimes contre la sûreté de l'État : « Il y a attentat, dès qu'un acte est *commis*, ou *commencé* pour parvenir à l'exécution de ces crimes quoiqu'ils n'aient pas été consommés. »

Nos anciens auteurs avaient également admis cette notion, d'un double degré dans la tentative, car nous savons qu'ils distinguaient la tentative éloignée (*conatus remotus*), de la tentative prochaine (*conatus proximus*). Malheureusement, après avoir clairement énoncé le principe, ils en ont fait des applications défectueuses ; nous avons vu qu'ils ont fréquemment confondu dans la tentative éloignée, des actes purement préparatoires.

Il paraît, d'ailleurs, n'être pas nécessaire, que le fait précis constituant l'infraction soit commencé, pour que la répression soit encourue ; que, par exemple, un voleur peut être puni, avant d'avoir mis la main sur l'objet qu'il voulait soustraire ; de même le meurtrier avant d'avoir porté les premiers coups (1) ; de même encore l'incendiaire qui n'a pas mis lui-même le feu (2).

Donc la tentative, comme le dit excellemment M. Garraud (3), ne consiste pas seulement dans le

(1) Paris, 28 juillet 1848. D., 1848, 2, 166, note.

(2) Cassation, 21 juillet 1861, S., 61, 1, 1020.

(3) GARRAUD. Tome, I p. 286.

commencement d'exécution de l'acte même qui constitue le crime, tel qu'il est défini par la loi, mais dans le commencement d'exécution du crime, par des actes distincts qui en sont plus que la préparation sans en être cependant l'exécution..... et plus loin. « En un mot, ce que l'article 2 incrimine, c'est le commencement d'exécution du crime ; la loi veut que l'agent ait commencé, non pas le crime même, mais l'exécution du crime, ce qui n'est pas toujours la même chose. »

D'après une seconde opinion, soutenue par quelques auteurs (1), la distinction des actes préparatoires et des actes d'exécution, dépendrait de l'éventualité de la preuve du projet criminel. Le juge devrait, avant tout, rechercher quel crime l'agent avait l'intention de commettre, et l'intention une fois démontrée, le fait extérieur auquel il s'agit de donner une qualification, devrait être considéré comme un acte d'exécution, et rentrer dans la notion de la tentative punissable.

Ce système est une réminiscence maladroite de la théorie de la tentative du Droit classique romain, et de notre ancien Droit français. S'il se concevait très bien à une époque où la loi pénale cherchait à attendre, aussi bien la volonté criminelle, que le fait matériel ; il devient tout à fait inacceptable aujourd'hui,

(1) Voir surtout en ce sens BERTAULD. *Cours de Code pénal et leçons de Législation criminelle*, p. 2, 41 et HAUS. *Principes généraux du Droit pénal belge*. Tome I, nos 435 à 450.

car il se trouve en contradiction avec la conception moderne du droit de punir.

Il est, en effet, à peu près universellement admis de nos jours, que notre système pénal incrimine les faits, à raison du trouble social qui en résulte, et non à cause de la perversité qu'ils accusent chez l'agent.

Bertauld, l'un des des défenseurs les plus convaincus de cette doctrine, prenant comme exemple, l'individu qui s'introduit à l'aide d'escalade et d'effraction dans une maison, et qui est arrêté avant d'avoir pu consommer le crime, s'exprime ainsi : Il déclare d'abord qu'il y a tentative de vol, s'il est démontré que l'intention de l'agent était de voler, puis il ajoute : « L'escalade et l'effraction avaient, dit-on, pour objet peut-être un rapt ou un assassinat; c'est possible, mais aussi suivant les circonstances, ces éléments pourraient être regardés comme des commencements d'exécution, de tout crime dont ils auraient été le premier acte. »

Cette manière de voir est absolument inadmissible. Nous reviendrons plus loin et avec détails sur le cas d'escalade et d'effraction, qui est un des plus souvent et des plus vivement controversés; mais nous pouvons faire remarquer, dès à présent, combien cette théorie est étrange. Eh quoi ! un individu est arrêté dans une maison où il s'est introduit avec escalade et effraction, avant toute autre manifestation de sa part, et il pourrait être puni, comme ayant commis par exemple, une tentative de viol ou d'assassinat !

Il suffit d'un instant de réflexion, pour apercevoir nettement, tout ce qu'une pareille solution présenterait d'inique et de révoltant, tant pour notre raison, qu'à

l'égard du sentiment de justice que nous avons inné en nous.

D'autres opinions ont encore été mises en avant, d'autres critères proposés. Nous ne nous arrêterons pas longtemps, à la formule énoncée par M. Rossi (1). « L'auteur d'une tentative, dit ce savant professeur, peut se dire « je veux cesser » ; l'auteur de simples préparatifs « je ne veux pas commencer ». C'est là, nous semble-t-il, poser la question sous une autre forme, ce n'est pas la résoudre. Nous remarquerons, en effet, qu'il s'agit précisément de savoir à quel moment l'agent peut tenir ce langage. La formule proposée ne peut donc nous être d'aucune utilité.

Celle, énoncée par M. Garraud, est au contraire très exacte et fort claire ; mais elle ne nous apparaît pas comme absolument complète.

« En résumé, dit cet auteur, les actes constitutifs du commencement d'exécution du crime, sont ceux qui tendent directement et immédiatement à l'accomplissement de ce crime, tel qu'il est défini par la loi ; tandis qu'au contraire les actes préparatoires n'ont pas une relation nécessaire ou même directe avec un délit déterminé. » (Tome I, page 289.)

Cette formule est vraie en ce qu'elle proscrit, d'une façon absolue, la théorie que nous avons exposée en commençant, et d'après laquelle, le commencement d'exécution exigé par l'article 2, serait le commencement d'exécution de l'acte même constitutif du délit

(1) Rossi. *Traité de droit pénal*, Tome I, p. 328.

ou du crime. Mais nous la trouvons incomplète, et, à notre avis, peu exacte, en ce qu'elle semble admettre, et nous verrons que M. Garraud l'admet en effet, cette idée que nous avons déjà repoussée : qu'il faut s'attacher à la connaissance que l'on peut acquérir *extrinsecus* du projet, de l'intention criminelle.

Ce système est un système intermédiaire entre celui de MM. Bertauld et Haus qui réside, nous l'avons vu, entièrement dans la recherche de l'intention criminelle, et celui auquel nous allons arriver dans un instant, d'après lequel la distinction des actes préparatoires et des actes d'exécution, est absolument étrangère à la preuve de l'intention de l'agent.

Ainsi dans l'exemple de l'individu, introduit par escalade et effraction dans un appartement et arrêté avant tout autre acte, les juges auront à rechercher, d'après M. Garraud, si l'agent avait l'intention de voler, et, cette intention constatée en fait, ils devront reconnaître dans l'escalade et l'effraction, le commencement d'exécution du vol, puisque l'infraction prévue et punie par l'article 381, est exécutée au moyen de l'escalade et de l'effraction. Mais l'escalade et l'effraction ne pourraient, ajoute l'auteur, être considérées comme le commencement d'exécution d'un meurtre, parce que ces actes ne tendent pas directement et immédiatement à l'homicide, qu'il pouvait être dans l'intention de l'agent, de réaliser.

Nous réserverons, pour le moment, les explications que nous aurions à fournir sur l'argument tiré des termes de l'article 381. Nous ne voulons retenir de la théorie de M. Garraud, que cette constatation : qu'il

admet dans une certaine mesure, mesure plus restreinte il est vrai, que celle de M. Bertauld, la recherche de l'intention criminelle de l'agent.

Nous combattrons donc sa théorie sur ce point, pour les mêmes raisons et par les mêmes arguments, qui nous ont fait repousser celle de MM. Haus et Bertauld.

Reste alors *une dernière opinion* qui nous a paru à la fois, plus logique et plus conforme à la conception moderne du droit de punir. C'est à cette théorie, nous n'hésitons pas à le dire, que sont allées toutes nos sympathies.

Elle a été soutenue et développée par un assez grand nombre de criminalistes (1). Parmi eux, il convient de citer surtout M. Laborde et M. Champcommunal qui tous deux ont exposé la théorie à laquelle nous adhérons, d'une façon très claire et très précise.

Voici comment s'exprime M. Laborde (2) : « Il faut donc tenir fermement pour l'opinion de ceux qui pensent que la différence entre les actes préparatoires et les actes d'exécution, est absolument étrangère à la preuve de l'intention de l'agent. C'est l'acte lui-même et rien que l'acte qu'il faut considérer. A-t-il une signification précise ? Indique-t-il l'infraction que l'agent voulait commettre ? — C'est un acte d'exécution. N'a-t-il au contraire aucune signification précise ? Peut-on

(1) Nous citerons notamment : CARNOT. *Commentaires sur le Code pénal* t. I, p. 17. LACOINTA. *Revue Critique*, année 1863, p. 446. CHAUVÉAU et FAUSTIN HÉLIE. *Théorie du Code Pénal*, n° 256. MOLINIER et VIDAL. *Traité de Droit pénal*. T., II. p. 59.

(2) LABORDE. *Cours de Droit criminel*, n° 104.

le rattacher à telle infraction ou à telle autre ? C'est un acte préparatoire. »

Et M. Champcommunal, dans son très remarquable article paru dans la *Revue critique* résume ainsi ses observations : « à notre avis, la réunion des deux conditions suivantes est indispensable. Il faut : 1^o que l'acte commis présente un rapport direct et immédiat avec l'infraction que l'agent a en vue ; 2^o que ce rapport résulte de l'acte lui-même (1). »

Reprenant alors comme exemple, le cas de l'individu arrêté dans une maison ou il s'est introduit par escalade et effraction ; nous dirons avec ces auteurs, que s'il est saisi avant d'avoir commis tout autre acte, il ne pourra être considéré comme coupable d'une tentative de vol, à plus forte raison d'une tentative de viol ou d'assassinat. Son intention de voler fût-elle absolument démontrée, il ne pourra être puni selon nous que pour violation de domicile ou bris de clôture selon les cas.

Le fait d'escalader un mur, ou de forcer la serrure d'une porte, considéré en lui-même, n'apparaît pas, en effet, comme indiquant d'une façon précise, l'infraction que l'agent voulait commettre.

Il ne saurait donc être considéré comme un acte d'exécution, c'est un acte purement préparatoire.

Mais, allons plus loin, et changeons un peu notre hypothèse, pour bien montrer comment fonctionne notre système. Notre individu, une fois introduit dans

(1) *Revue Critique*. Année 1895, p. 55.

la place, ouvre, par exemple, un placard, commence à fouiller les tiroirs, ou se met en devoir de forcer un coffre-fort; plus de doute; nous sommes en présence d'une tentative de vol, parce que l'acte, ou les actes commis, considérés en eux-mêmes, indiquent exactement et sans aucune méprise possible, que l'agent voulait commettre un vol (1).

Nous pourrions varier encore nos hypothèses, mais, ces quelques exemples sont suffisants, pour faire comprendre le mécanisme du système auquel nous nous sommes ralliés, et qui se résume dans les deux propositions suivantes :

Pour qu'un acte soit considéré comme un acte d'exécution, il faut, et il suffit : 1^o que l'acte commis présente un rapport direct et immédiat avec l'infraction que l'agent a en vue; 2^o que ce rapport résulte de l'acte lui-même.

La Cour de cassation nous paraît avoir fait une application directe de notre théorie dans un arrêt rendu le 21 août 1845. Il s'agissait de deux détenus qui

(1) Nous savons que, même dans ces cas, pourtant, une équivoque pourrait subsister ainsi qu'on l'a soutenu. On s'est demandé, par exemple, si celui qui a forcé un secrétaire n'avait pas l'intention, seulement, de prendre connaissance de certains papiers et nullement celle de voler. Cette hypothèse, excessivement rare, ne nous paraît pas pouvoir entrer en ligne de compte. On peut dire, sans hésiter que, presque toujours, celui qui force un meuble appartenant à autrui a l'intention de voler. D'ailleurs, nous ne prétendons pas donner un critérium s'appliquant exactement à l'universalité des cas, mais seulement au plus grand nombre.

avaient mis le feu à l'un des murs de leur prison, dans le but avoué de s'en évader. La Chambre des mises en accusation avait vu là une tentative d'évasion, s'étant attachée à ce fait que les deux détenus avaient avoué n'avoir mis le feu que pour s'évader. La Cour de cassation, s'en tenant au contraire à l'examen du fait considéré en lui-même, a décidé qu'on se trouvait en présence d'une tentative d'incendie : « Attendu, dit-elle, que le fait constaté par l'arrêt caractérisait, de la manière la plus manifeste, la volonté de mettre le feu à une porte faisant partie intégrante d'un édifice habité, et qu'en ne tenant compte dans de telles circonstances que du but d'évasion qu'avaient les détenus, l'arrêt a substitué à la seule condition de la volonté expressément déterminée par la loi pour constituer le crime d'incendie, la considération d'une intention ultérieure et qu'il a ainsi méconnu les dispositions formelles de l'article 434 C. P... (1). »

Tel est donc, le principe général que nous proposons d'admettre lorsqu'il s'agira d'interpréter un acte, de lui donner la qualification d'acte d'exécution, ou d'acte préparatoire, de le faire rentrer, ou non, dans la notion de la tentative punissable.

Nous n'avons fait entrevoir jusqu'ici que le côté purement théorique du problème que nous avons entrepris d'étudier. Nous allons pouvoir constater

(1) Cass., 21 août 1845, S., 45, 1, 848.

maintenant, que la question présente un intérêt pratique beaucoup plus considérable encore.

Cet intérêt nous apparaîtra au fur et à mesure que nous examinerons un certain nombre d'hypothèses fréquemment réalisées en pratique et sur lesquelles, la Cour de cassation et les Cours d'appel ont rendu de très nombreux et de très intéressants arrêts.

Nous ne pouvons avoir, bien évidemment, la prétention de prendre les infractions une à une, et de les étudier toutes au point de vue spécial que nous considérons. Cette manière de faire, outre qu'elle présenterait l'inconvénient d'être monotone et fastidieuse, nous entraînerait, par trop, hors des cadres de cette étude.

Nous nous proposons seulement, de passer en revue un certain nombre de cas, les plus intéressants et les plus pratiques; de voir comment la théorie de la tentative punissable leur a été appliquée. Nous aurons ensuite à examiner ces solutions, à nous demander si elles sont exactes, et dans le cas où notre réponse serait négative à rechercher, comment, selon nous, le problème aurait dû être résolu.

Nous ferons cet exposé dans deux chapitres distincts. Dans le premier, nous nous occuperons de la tentative de crime et dans le second, de celle de délit. Nous avons cru devoir faire deux chapitres séparés, en raison des difficultés particulières qui se sont élevées à propos des conditions essentielles de la tentative de délit.

CHAPITRE II

Tentative de Crime

La tentative de crime, nous le savons, est expressément prévue par l'article 2 du Code pénal qui est ainsi conçu : « Toute tentative de crime qui aura été manifestée par un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue, ou si elle n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, est considérée comme le crime même. »

Deux conditions essentielles sont donc exigées : 1^o Un commencement d'exécution; 2^o la discontinuation par la survenance d'une circonstance indépendante de la volonté de l'agent. Nous n'avons à nous occuper ici que du commencement d'exécution. Nous venons d'en rechercher une définition théorique et générale. Voyons maintenant, comment et sous quel aspect, il a été envisagé par la jurisprudence.

SECTION I

Du vol qualifié. — Escalade et effraction

Le cas d'escalade et d'effraction a été certainement le plus longuement et le plus souvent étudié. La question peut se poser ainsi : l'escalade et l'effraction peuvent-elles être considérées, comme un commence-

ment d'exécution de vol, si l'agent, dont l'intention de voler est certaine, est arrêté avant toute soustraction de la chose d'autrui ?

Nous avons vu, au cours de notre discussion générale, les diverses solutions qui ont été proposées.

Remarquons tout d'abord, la nécessité, pour qu'il y ait matière à discussion, de supposer, comme nous l'avons fait, que l'intention de voler est certaine de la part de l'agent. Si l'on était dans l'ignorance absolue, de cette intention, la solution serait unique et indiscutable; de l'avis de tous, il n'y aurait pas tentative de vol. Chacun arriverait ainsi au même résultat, par des voies et pour des motifs différents.

Nous avons déjà montré au contraire combien les opinions diffèrent, si la question est posée dans la forme que nous avons adoptée. Nous les résumons en quelques mots.

Trois systèmes principaux ont été proposés (1). D'après le premier, il faudrait avant tout rechercher quelle était l'intention de l'agent, et cette intention de voler une fois bien établie, nous nous trouverions en présence du commencement d'exécution nécessaire, aux termes de la loi, pour rendre la tentative punissable.

(1) Nous laissons volontairement de côté un quatrième système d'après lequel le commencement d'exécution exigé par la loi, serait le commencement d'exécution de l'acte même constitutif du délit. Poussée à l'extrême, cette théorie conduirait à dire qu'il ne peut y avoir tentative de vol que lorsque l'agent a déjà mis la main sur l'objet qu'il voulait soustraire. Nous savons ce qu'il faut penser de ce système, que ses défenseurs eux-mêmes n'ont pas osé soutenir jusqu'au bout.

Nous avons précédemment critiqué et rejeté cette première opinion, qui nous a paru contraire à la conception moderne du droit de punir; nous n'y revenons pas.

Les partisans du deuxième système, recherchent également quelle était l'intention de l'agent, puis cette intention étant certaine raisonnent ainsi : les juges devront reconnaître dans l'escalade et l'effraction le commencement d'exécution du vol, puisque l'infraction prévue et punie par l'article 381, § 4, est exécutée au moyen de l'escalade et de l'effraction.

Cette opinion a pour elle l'autorité qui s'attache aux noms de ses défenseurs (1) et un certain nombre d'arrêts de jurisprudence (2).

Ces arrêts sont le plus généralement invoqués, en faveur de la théorie que nous venons d'exposer. Qu'on y prenne garde cependant. A les examiner d'un peu près, il est facile de remarquer qu'il sont loin d'avoir tous la même portée, et qu'il faut distinguer entre eux. Plusieurs ne peuvent en effet fournir d'arguments sérieux en faveur de cette théorie, parce qu'ils ne sont pas suffisamment clairs, parce qu'il se trouve, dans les circonstances qui les ont précédés, des faits de

(1) BLANCHE et DUTRUC. *Etudes pratiques sur le Code pénal* n° 103. GARRAUD. *Traité de Droit pénal*, t. 1, p. 287. Edmond VILLEY, etc.

(2) Voir notamment. Cass, 4^{er} mai 1879. S., 80, 1, 233 et la note. Cass. 29 décembre 1879. S., 80, 1, 336. Limoges, 13 novembre 1884. *Gazette du Palais*. 85, 1, 45. Cass. 16 juillet 1885. S., 87, 1, 95.

nature à rendre incertaine l'interprétation qu'il convient d'en tirer.

Prenons par exemple, d'abord, l'arrêt de Cassation du 19 décembre 1879 : « Le commencement d'exécution, dit la Cour, constituant la tentative de vol peut résulter de ce que l'accusé a été trouvé la nuit, dans l'escalier d'une maison, essayant de brûler avec une bougie la porte d'un magasin, arrachant le bois de la porte avec un outil, et muni d'un attirail de voleur ; alors d'ailleurs que surpris en flagrant délit, il n'a pu nier qu'il avait l'intention de pénétrer dans ce magasin pour y voler. »

Nous disons qu'un semblable arrêt n'est pas suffisamment concluant pour servir de base à une théorie.

En effet, ce qui frappe tout d'abord, c'est qu'il s'agit en l'espèce, non pas d'une maison quelconque, mais d'un magasin contenant uniquement, nous sommes en droit de le supposer, des marchandises. Dans ce cas, l'intention de l'agent ne saurait être douteuse, l'acte commis par lui, indique d'une façon suffisamment claire, qu'il voulait voler et pas autre chose. Fracturer la porte d'un magasin inhabité et garni seulement de marchandises, cela n'est-il pas tout à fait analogue à l'effraction d'un tiroir de secrétaire ou d'une porte de coffre-fort ? Il nous semble que l'assimilation doit être complète.

Dès lors, nous sommes incontestablement en présence d'une tentative de vol, et nous devons décider absolument comme dans le cas, où un individu est arrêté, au moment où il fracturait un tiroir dans lequel se trouvait de l'argent.

Nous avons vu que, dans cette hypothèse, alors

cependant, qu'il n'y avait eu encore aucune soustraction de la chose d'autrui, personne n'hésitait à reconnaître à ce fait le caractère d'une tentative de vol.

Pour nous, appliquant toujours notre théorie, nous dirons : L'acte commis est un acte d'exécution, parce qu'il a une signification précise, parce qu'il est impossible de le rattacher à une autre infraction que le vol.

C'est donc à tort, selon nous, que cet arrêt a été invoqué par nos adversaires. Une remarque analogue s'impose aussi en ce qui concerne l'arrêt plus récent de la Cour de cassation du 16 juillet 1885. Il s'agissait de deux malfaiteurs, s'introduisant par escalade dans un magasin pour y soustraire du grain, et arrêtés précisément au moment où ils rentraient dans ce magasin. Ici encore, nous dirons que le fait de s'introduire par escalade, dans un magasin ne contenant que du grain ou d'autres denrées, constitue une tentative de vol, car il ne saurait y avoir d'équivoque possible : l'acte commis ne pouvait avoir pour but que de conduire à un vol de grains.

Il est donc possible d'arriver à une solution semblable à celle de la Cour de cassation, pour des motifs absolument différents, et d'expliquer cette décision par la simple application d'une théorie, qui est précisément l'opposée de celle que, selon nos adversaires, la Cour de cassation aurait eu pour but de consacrer. Si bien que nous pourrions à la rigueur nous appuyer, nous aussi, sur de pareils arrêts, en faisant observer que les résultats proclamés par la Cour, sont tels, non pas parce que l'agent avait avoué son intention de voler, mais parce que cette intention résultait, sans équivoque

possible, du fait par cet agent de forcer la porte d'un magasin, ne contenant, par hypothèse, que des marchandises.

Restent alors les arrêts de Cassation 1^{er} mai 1879, et de Limoges 13 novembre 1884. Ce dernier pose très nettement le principe de la théorie : « Le commencement d'exécution constituant la tentative de vol qualifié, peut résulter de ce que l'accusé a été trouvé la nuit, dans une maison habitée, où il s'était introduit par escalade, porteur d'une hache, d'une corde, de morceaux de bougie, de ficelle et de clous, alors même qu'il n'aurait encore ouvert aucun meuble et saisi aucun objet. Il en est ainsi du moins, lorsque l'accusé a déclaré qu'il était entré dans la maison pour voler. »

Cette jurisprudence est très formelle et très nette. Cependant, elle est loin, ainsi que nous allons le voir, d'avoir été universellement admise. Plusieurs Cours d'appel ont pensé, et c'est là le troisième système auquel nous nous rattachons, que la question posée par nous devait être résolue négativement, et ont en conséquence décidé : que l'escalade et l'effraction, non accompagnées d'actes de soustraction, ne peuvent être considérées comme une tentative de vol.

Nous citerons en particulier un arrêt de la Cour de Montpellier qui a ainsi motivé sa décision : « Considérant en droit, que la tentative n'est assimilée au crime consommé, que lorsqu'elle présente les caractères déterminés par l'article 2 du Code pénal ; — Considérant qu'en frappant d'une peine identique la tentative et le crime consommé, le législateur n'a pas voulu atteindre uniquement la volonté coupable, ou la simple

détermination intentionnelle ; qu'il a exigé, en outre, que cette détermination et cette volonté fussent manifestées, non par des actes extérieurs quelconques qui en révéleraient avec certitude l'existence, mais bien par un commencement d'exécution du crime même dont le coupable avait projeté la réalisation ; — Considérant que l'introduction de Pierre D..., à l'aide d'escalade, dans la maison du sieur Metge, peut faire supposer sans doute que le prévenu avait l'intention d'y commettre un vol, mais qu'on ne saurait voir dans un tel fait, le commencement du vol lui-même ; — Que mille circonstances, dépendantes de la volonté de Pierre D..., pouvaient l'éloigner de la maison du sieur Metge et le détourner de la pensée du crime, si réellement il l'avait conçue ; — Considérant qu'il y aurait un danger social manifeste, à assimiler une pareille tentative au crime consommé ; qu'une telle assimilation aurait inévitablement pour résultat, de précipiter le coupable, vers la complète réalisation de son crime, puisque sa position et sa responsabilité ne sauraient être aggravées par aucune circonstance ultérieure, même par la spoliation définitive de la victime etc. (1) ».

La Cour de Montpellier a très justement considéré l'escalade et l'effraction, comme n'étant pas des éléments constitutifs du vol, mais seulement des circonstances aggravantes, ne pouvant constituer que

(1) Montpellier, 19 février 1852, S., 1853, 2, 68. Voir aussi dans le même sens : Bordeaux, 23 février, 18 mai 1870. D., 71, 2, 227. Bordeaux, 21 juin 1871. D., 72, 5, 432.

la préparation du vol et non pas un commencement d'exécution de ce crime.

Elles présentent, en effet, un caractère très équivoque. Elles n'indiquent pas quel crime l'agent poursuivait en s'introduisant ainsi dans une habitation. Peut-être avait-il le dessein de voler, peut-être de tuer, peut-être, même si une femme est couchée dans la maison, voulait-il la violer ? Dès lors, se trouve-t-on en présence d'un voleur, d'un assassin ou d'un séducteur ? Les actes commis ne sont pas suffisamment décisifs pour le décider ; d'après nous, ils ne peuvent donc être incriminés comme tentative.

Quant à l'argument tiré de l'article 381 du Code pénal, nous ne pensons pas non plus qu'il soit concluant. Nous n'irons pas jusqu'à dire, comme M. Laborde, par exemple (n° 103), qu'on ne saurait y voir qu'un jeu de mots ; mais nous ferons remarquer que cet argument perd une grande partie de sa valeur, si l'on observe que l'escalade ou l'effraction extérieures sont des actes préparatoires, absolument nécessaires pour arriver à l'exécution de n'importe quel crime dans une maison close, si le malfaiteur est à l'extérieur.

L'escalade et l'effraction n'ont pas été rangées par le Code dans la catégorie des crimes ; le législateur ne les a considérées que comme pouvant en devenir des circonstances aggravantes. D'où il suit : que le simple usage de fausses clefs, l'escalade et l'effraction, ne peuvent constituer, par eux seuls, une tentative punissable.

On pourra bien supposer que l'intention de celui qui a usé de pareils moyens, avait été de commettre un

vol ou tout autre crime ; mais la loi ne punit pas l'intention, lorsqu'elle ne se rattache pas à l'existence ou à la tentative d'un fait punissable. De ce que certains faits peuvent accidentellement accompagner le vol, et en augmenter la pénalité, il n'en résulte pas qu'ils doivent être considérés comme un commencement d'exécution. La qualité de domestique, est bien aussi, par exemple, une cause d'aggravation du vol ; personne cependant ne cherche à en conclure, que le vol est commencé, du jour où le domestique entre au service de la personne qu'il se propose de dévaliser.

Nous dirons donc, pour nous résumer, que les faits d'escalade et d'effraction, accomplis dans les conditions que nous avons indiquées, ne peuvent être incriminés comme tentative de vol. Assurément, il y a eu bris de clôture et violation de domicile, délits qui devront être punis très sévèrement, à raison des circonstances toutes particulières dans lesquelles ils se sont produits (1).

Mais ces faits ne sauraient encourir aucune peine, par corrélation avec l'infraction qu'ils pouvaient servir à réaliser.

(1) Nous reconnaissons volontiers que notre solution n'est pas entièrement satisfaisante au point de vue de la répression de faits aussi graves. Aussi pensons-nous, avec nombre d'auteurs, qu'il serait très désirable, que le législateur intervienne pour faire de l'escalade et de l'effraction des délits spéciaux, frappés de peines rigoureuses.

SECTION II

De l'empoisonnement

« Est qualifié empoisonnement, dit l'article 304 du Code pénal, tout attentat à la vie d'une personne par l'effet de substances qui peuvent donner la mort plus ou moins promptement, de quelque manière que ces substances aient été employées ou administrées, et quelles qu'en aient été les suites. »

La distinction entre les actes d'exécution et les actes préparatoires, toujours si délicate, est particulièrement difficile en ce qui concerne la tentative du crime d'empoisonnement. La tentative de l'empoisonnement ne peut, en effet, consister que dans la tentative d'un attentat ; d'où l'extrême difficulté de la distinguer des actes simplement préparatoires. Il est impossible, en semblable matière, d'indiquer une règle absolue et immuable, de fixer un critérium certain et général, à la lumière duquel on pourrait résoudre toutes les difficultés, auxquelles le crime d'empoisonnement a donné naissance.

Les décisions de jurisprudence rendues sur ce sujet sont pour la plupart incertaines, voire même en plusieurs points contradictoires. Nous nous bornerons donc à essayer de dégager de cet ensemble de solutions, celles qui nous paraîtront les plus sûres, nous inspirant toujours des principes généraux que nous avons précédemment posés.

Il est d'abord un point certain, c'est que le fait de

concerter l'empoisonnement d'une personne et d'acheter le poison, n'est qu'un acte simplement préparatoire. Il en est de même à notre avis du cas suivant : Dans le dessein d'empoisonner un de ses parents, un individu achète du poison et le remet à un domestique qui s'engage, moyennant un prix, à le faire prendre à la personne désignée. Le domestique, saisi de remords, dénonce, avant tout autre acte, le marché à la justice. Nous pensons qu'il n'y a pas là le commencement d'exécution voulu par l'article 2, et que par conséquent nous ne nous trouvons pas en présence d'une tentative d'empoisonnement.

C'est ce qu'a décidé, d'ailleurs, la Chambre des mises en accusation de la Cour d'appel d'Amiens, qui a eu à statuer sur l'espèce suivante :

Un individu nommé Lombard avait conçu le projet d'empoisonner un sieur Tourneur, peintre à Breteuil. Dans ce but, il était allé à Paris acheter de l'arsenic et de l'opium chez un pharmacien. Ne pouvant ou n'osant pas accomplir lui-même le crime, il s'adresse à son fermier nommé Rousselle, le chargeant de lui procurer un individu capable de mettre son projet à exécution. Celui-ci, moyennant l'abandon de quatre années de fermage, lui indiqua le nommé Ozanne, qui reçut la mission de mélanger le poison aux aliments que Tourneur devait prendre, dans un restaurant déterminé. Mais Ozanne dénonça le complot au juge de paix qui fit arrêter Lombard au moment où il donnait à Ozanne ses dernières instructions.

Devant la Chambre des mises en accusation, le réquisitoire du procureur général, conclut au non-

lieu, en ce qui concerne la tentative d'empoisonnement :

« Considérant, dit-il, que ce crime, à la vérité, n'a manqué son effet, que par des circonstances indépendantes de la volonté de Lombard et de Rousselle ; mais que la remise faite par Lombard à Ozanne de substances vénéneuses, pour les administrer au sieur Tourneur, n'est qu'un acte extérieur et préparatoire, qui ne constitue pas le commencement d'exécution ; qu'il aurait fallu qu'à la suite de cette remise, les substances eussent été présentées au sieur Tourneur, ou mêlées aux aliments ou aux breuvages qui lui étaient destinés, ou qu'elles eussent été placées de manière, qu'à son insu, il pût s'en servir ; que dès lors la tentative est privée d'un des deux caractères nécessaires pour la faire rentrer dans l'application de la loi ; qu'ainsi, quelque condamnable que soit vis-à-vis de la morale l'action commise par Lombard et par Rousselle, cette action n'est point punissable... »

Conformément à ces conclusions, la Cour d'Amiens rendit et très justement, selon nous, un arrêt de non-lieu relativement à la tentative d'empoisonnement. Voici la déclaration insérée en tête de l'arrêt (1) :

« L'achat de substances vénéneuses dans le but d'empoisonner quelqu'un, et la remise de ces substances à un tiers, pour qu'il commette le crime, ne constituent pas la tentative de crime punie par la loi, alors même que la tentative n'a manqué son effet que

(1) Amiens, 2 avril 1840, S., 1840, 2, 272.

par des circonstances indépendantes de la volonté de l'inculpé. Ces faits d'achat et de remise, n'ont point le caractère de commencement d'exécution nécessaire pour constituer la tentative criminelle. »

L'hypothèse prévue était ici d'autant plus intéressante à relever, qu'aucun doute ne pouvait subsister sur la résolution criminelle de l'agent. Malgré la connaissance que l'on avait de cette intention criminelle, la Cour n'a pas hésité à déclarer qu'il n'y avait pas tentative punissable. C'est un argument de plus en faveur de notre théorie, à savoir, qu'on ne doit, en règle générale, tenir aucun compte du plus ou moins de certitude de l'intention de l'agent, et que ce sont les faits seuls qui doivent être interrogés et examinés, pour en tirer l'indication exacte de la tentative.

Mais le mélange des substances vénéneuses aux aliments ou aux breuvages, constitue-t-il, tout au moins, le premier acte d'exécution de l'empoisonnement ?

La Cour de cassation semble avoir fait à cette question une réponse affirmative. « Attendu, dit-elle, dans un arrêt du 17 décembre 1874 (1), qu'il n'est pas exact de prétendre, que la tentative d'empoisonnement ne peut constituer qu'un fait préparatoire, quand elle ne constitue pas le crime lui-même ; attendu, en effet, que l'article 2 C. P. est applicable à toutes les tentatives de crimes ; qu'il ne cesse de l'être qu'aux crimes pour lesquels, il est ainsi ordonné, par une disposition formelle, ou tout au moins virtuelle de la loi ; attendu

(1) Cass., 17 décembre 1874, S., 1875, 1, 385 et la note.

que si, dans le cas où le poison a été employé ou administré, le crime d'empoisonnement est consommé quelles qu'en aient été les suites, il n'en résulte pas nécessairement que la tentative de ce crime ne puisse se manifester par un commencement d'exécution indépendant de l'emploi ou de l'administration du poison ; que ce commencement d'exécution peut résulter notamment, de ce que le poison aurait été jeté dans les aliments qui devaient servir à la personne qu'on voulait empoisonner etc... »

C'est encore la solution qui a été donnée par M. Rossi : « Concerner l'empoisonnement d'une personne, acheter du poison, se confier à l'individu chargé de l'administrer, ce n'est encore que préparer l'empoisonnement ; il n'y a pas encore commencement d'exécution, véritable tentative. Le poison est versé ; on va le présenter à la victime ; nous n'hésitons pas à affirmer qu'il y a tentative, et qu'elle dure tant que le coupable est encore en état d'empêcher la consommation du crime, ou qu'un événement quelconque peut la suspendre. »

Cette manière de voir ne nous paraît pas exacte. Nous pensons avec M. Garraud et avec M. Villey, que cette formule est trop générale. Le fait seul de jeter du poison dans les aliments, est tout à fait analogue à celui de charger une arme à feu avec l'intention de tuer. Ce ne peut être là évidemment que la préparation du crime, l'exécution n'est certainement pas commencée.

Pour qu'elle le soit, il est nécessaire, selon nous, mais suffisant, que le mélange empoisonné soit pré-

senté à la victime, ou tout au moins, soit mis à sa disposition, en un lieu, et dans des conditions telles, que l'agent n'aura plus rien à faire pour en déterminer l'absorption.

Une application très intéressante de ces principes, vient d'être faite très récemment par la Cour de cassation, qui a vu un commencement d'exécution constitutif de la tentative d'empoisonnement, dans la remise d'un flacon, contenant un breuvage empoisonné à un tiers chargé de l'administrer. Mais, cette remise, qui, à elle seule, nous l'avons vu, ne saurait constituer un commencement d'exécution, avait été faite dans des conditions telles, que l'on pouvait très justement appliquer à ce cas, la solution donnée pour celui où le mélange vénéneux est disposé de manière à ce que la victime l'absorbe d'elle-même.

« Attendu, dit la Cour (1), qu'il est constaté par l'arrêt attaqué, qu'après avoir fait infuser des allumettes phosphoriques dans de l'eau chaude et avoir mélangé ce poison à une tisane préparée depuis longtemps, la demanderesse a remis à sa belle-sœur, chargée de la garde de sa fille âgée de quinze mois, le flacon contenant le breuvage empoisonné, en le lui présentant comme un médicament utile à la santé de l'enfant, et en lui recommandant d'administrer tous les matins une cuillerée de ce médicament et de le donner pur; que la femme Garivier et son mari, frappés de l'odeur alliée qui se dégageait du flacon, firent examiner le

(1) Cass., 2 juillet 1886, S., 1887, 1, 489.

liquide qu'il contenait par un pharmacien, et qu'il fut reconnu que ce liquide était mélangé de phosphore ; — d'où il suit que la Cour d'appel de Lyon, en considérant, la remise du flacon contenant le breuvage empoisonné, à un tiers chargé de l'administrer, comme un commencement d'exécution, en décidant, dans ces circonstances, que la demanderesse avait volontairement tenté de commettre un attentat à la vie de Jeanne Garivier, sa fille, à l'aide de substances pouvant donner la mort ; et que cette tentative n'ayant manqué son effet, ou n'ayant été suspendue que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, constitue un crime ; loin d'avoir violé les articles 2 et 301 du Code pénal, en a fait au contraire une saine application etc... »

Mais s'il est certain que l'achat du poison et sa remise à un tiers, avec mission de le faire prendre, ne constituent que des actes préparatoires ; il est non moins certain que la tentative d'empoisonnement existe, dès que l'agent a commencé l'acte principal, l'acte constitutif du crime, aux termes mêmes de la loi. Mais entre l'achèvement des préparatifs et le commencement du crime lui-même, il y a toute une série d'actes intermédiaires qu'il importe de qualifier.

La difficulté de distinguer entre les actes d'exécution et ceux qui sont seulement préparatoires, devient ici si délicate, que quelques auteurs en sont arrivés à soutenir, que la tentative d'empoisonnement se confond avec le crime lui-même.

Nous avons déjà par avance combattu cette théorie. Nous avons montré que confondre le commencement

d'exécution dont parle l'article 2, avec le commencement d'exécution du crime lui-même, c'était aller dans un sens diamétralement opposé à celui de la loi ; c'était méconnaître absolument les principes qui régissent la matière de la tentative.

Il faudra donc admettre qu'un certain nombre de faits intermédiaires, qui sont plus que la préparation du crime, sans en être encore cependant l'exécution : pourront être qualifiés de commencement d'exécution aux termes de l'article 2, et constitueront une tentative punissable.

Nous ne pouvons mieux faire qu'en adoptant pour conclure la distinction proposée par M. Garraud (T. II, p. 274), qui est également celle admise jusqu'ici par la jurisprudence de la Cour de cassation et par bon nombre de criminalistes :

« De sorte que, dans le système de la loi française, il y a attentat à la vie ou empoisonnement consommé quand les substances vénéneuses ont été absorbées par la victime, quelles qu'en aient été les suites. Il y a simple tentative quand elles sont simplement mises à sa disposition.

Dans ce dernier cas, jusqu'à ce que le poison ait été absorbé, l'agent qui l'a mis à la portée de celui qu'il veut empoisonner, peut se désister, et effacer le crime par un acte volontaire. »

SECTION III

De l'Incendie

Nous avons examiné rapidement, au cours de nos explications sur le crime d'empoisonnement, une des questions les plus difficiles de cette matière, une des plus ardues du droit criminel. Il importe d'y insister, un peu plus longuement.

Le problème peut s'énoncer ainsi : Peut-il y avoir commencement d'exécution et par suite tentative punissable, dans le fait d'un homme, qui a tout disposé pour qu'un tiers, à l'insu duquel il a agi, cause à autrui, ou se cause à lui-même involontairement, un dommage criminel, réalisable seulement par l'intervention de ce tiers?

Nous venons de voir qu'en matière d'empoisonnement, la Cour de cassation et avec elle la majorité des auteurs, avaient fait à cette question une réponse affirmative.

Il y a tentative d'empoisonnement, avons-nous dit, dès que les aliments ou le breuvage empoisonnés sont présentés à la victime, ou même laissés à sa disposition, dans des conditions telles que, fatalement, sans qu'une nouvelle intervention de l'agent ait à se produire, le crime soit consommé. Il doit en être de même, pensons-nous, dans d'autres hypothèses analogues qu'il serait facile d'imaginer; comme si, par exemple, un homme prend ses mesures, pour que la simple ouverture d'une porte, provoque la détente d'une arme à feu sur la personne qui pénétrera par cette issue.

La question s'est posée à nouveau le 20 juillet 1861 devant la Chambre criminelle de la Cour de cassation. L'arrêt qu'elle a rendu est particulièrement remarquable, tant, parce que c'est à notre connaissance, le seul qui ait été prononcé en matière d'incendie, sur le point spécial qui fait l'objet de notre étude, que parce qu'il tranche une des controverses les plus vives et les plus délicates de cette difficile matière. A ces divers titres, il mérite d'être examiné d'un peu près.

Voici quelle était l'espèce : Anne Roblot, femme Vilmenot, dans l'intention avouée de brûler une maison à elle appartenant et louée aux époux Ponsot, avait, le 8 avril 1861, pratiqué dans la cheminée du four de cette maison une ouverture à 1 mètre 30 centimètres au-dessous de la toiture en chaume, et y avait introduit un fagot de paille, dont une des extrémités plongeait dans la cheminée, tandis que l'autre venait se réunir au chaume de la toiture, de manière à ce que le feu y prit dès que la femme Ponsot chaufferait son four. Cette criminelle manœuvre fut découverte avant que le four ne fût chauffé.

La Chambre des mises en accusation de la Cour de Dijon, par arrêt du 27 juin 1861, relaxa la femme Vilmenot, en se basant sur ce que d'une part ; l'élément matériel du crime d'incendie consiste à mettre le feu à l'un des objets énumérés dans l'article 434 du Code pénal, ou à disposer le feu de telle sorte, qu'il puisse produire son effet naturel en communiquant avec les objets que l'on se propose de brûler ; et sur ce que d'un autre côté, les faits imputés à la prévenue étaient seulement des actes préparatoires, ne constituant pas

le commencement d'exécution, sans lequel il ne peut y avoir de tentative punissable.

Mais la Cour de cassation, statuant sur le pourvoi du Procureur général près la Cour de Dijon, a cassé l'arrêt qui lui était soumis : « Attendu, dit-elle, à la date du 26 juillet 1861 (1), que l'individu qui a tout préparé et disposé pour qu'au moment donné le feu prenne nécessairement, soit de lui-même, soit par le concours innocent d'une main étrangère, n'est pas moins coupable que celui qui allume personnellement et directement le feu; — Attendu que des faits reconnus au procès il résulte : que l'action criminelle, préméditée par la femme Vilmenot, avait reçu toute la suite dont elle était susceptible de son fait; qu'elle n'avait plus, pour assurer la consommation du crime, rien à ajouter aux dispositions prises pour produire d'une manière fatale et presque inévitable, l'incendie de sa maison; que ce qui pouvait rester d'éventuel et d'incertain dans l'événement ne dépendait plus d'elle; qu'en conséquence, loin qu'un tel ensemble de circonstances ne présente pas les éléments constitutifs de la tentative, soit le commencement d'exécution, il constitue l'exécution elle-même dans tout ce qui pouvait relever de la résolution et du fait de la prévenue; — Attendu que cette résolution s'étant montrée persévérante jusqu'à la fin, la tentative ci-dessus n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur; d'où il suit que toutes les conditions

(1) Cass., 20 juillet 1861. S., 1861, 1, 4020.

du crime de tentative d'incendie, telles qu'elles sont caractérisées par les articles 434 et 2 C. P., se trouvaient réunies à la charge d'Anne Roblot, etc... »

Cet arrêt important nous paraît absolument juridique. Les principes qu'il énonce et l'application qu'il en fait, ont cependant été contestés et notamment par M. Lacointa (1).

D'après cet auteur, il n'y aurait pas dans les faits que nous avons relatés, le commencement d'exécution exigé par la loi, « car, dit-il, si les choses restaient en état, aucun mal ne serait à craindre, et l'événement ne peut se produire que par un fait nouveau, qui seul est de nature à constituer le commencement d'exécution, les dispositions prises par l'agent n'étant que des actes préparatoires. »

Cette interprétation des faits nous paraît inexacte. En effet, cela revient à dire, semble-t-il, qu'il ne pourrait y avoir commencement d'exécution du crime d'incendie, que lorsque le feu a été allumé, que lorsque l'acte même constitutif du crime a été commencé. Mais remarquons que si, dans l'espèce, le four avait été chauffé et le fagot de paille enflammé, le crime n'eût pas été simplement tenté, mais bien entièrement consommé.

Nous avons déjà démontré que ce que la loi incrimine, c'est le commencement d'exécution par l'agent, non pas du crime lui-même, mais de l'exécution de ce crime, ce qui est parfois fort différent.

(1) *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*.
Année 1863, p. 446.

Nous avons dit, par exemple, que, selon nous, un individu pouvait être reconnu coupable d'une tentative de vol, avant qu'il ait mis la main sur l'objet qu'il s'agissait de soustraire. Et cependant le raisonnement que fait M. Lacointa, pourrait incontestablement s'appliquer à ce dernier cas.

« Si les choses restaient en l'état, aucun mal ne serait à craindre. » Cela est très vrai, mais si nous supposons notre voleur, arrêté au moment, où, après avoir forcé la serrure d'un coffre-fort, il reste immobile, retenu par une suprême hésitation, nous pourrions dire avec même raison, que si les choses restaient en état, aucun mal ne serait à craindre ; et cependant personne n'hésitera à reconnaître cet individu coupable d'une tentative de vol.

Nous pensons donc que la Cour de cassation a fait ici une saine application des véritables principes. La loi punit comme incendiaire, celui qui a volontairement mis le feu. L'homme qui, à l'aide d'une torche, met le feu à un édifice, commet incontestablement le crime prévu par l'article 434 du Code pénal. Mais son œuvre peut s'accomplir d'une façon plus compliquée, sans cesser pour cela d'être criminelle. Ainsi, celui qui dispose tout de façon à ce qu'à un moment donné, et par le fait d'un agent étranger et inconscient, l'incendie éclate, met lui-même réellement le feu, bien que l'événement ne doive se produire que plus tard. Les dispositions qu'il a prises, ne sauraient être considérées comme des actes préparatoires, car il est de l'essence même des actes préparatoires de ne pouvoir suffire seuls à la matérialité de l'infraction.

D'ailleurs, la Cour de Dijon elle-même, dont l'arrêt a été cassé, reconnaît implicitement, comme le fait judicieusement remarquer M. Delpech, dans sa très remarquable étude sur l'infraction (1), que si le feu eût éclaté, la femme Vilmenot eut été coupable du crime d'incendie. Elle déclare, en effet, que l'élément matériel du crime d'incendie, consiste à disposer le feu de telle façon, qu'il puisse produire son effet naturel, en communiquant avec les objets que l'on se propose de brûler.

« Or, dit M. Delpech, il est incontestable que disposer les objets, qui doivent être incendiés, de telle façon, que le feu produise sur eux son effet naturel, ou disposer le feu de telle façon qu'il doive produire sur ces objets son effet naturel, c'est absolument la même chose. Qu'on approche le feu des objets, ou les objets du feu ; le résultat et les actes eux-mêmes, considérés selon leurs caractères légaux, sont identiques dans les deux cas. »

Donc la Cour de Dijon a bien implicitement reconnu que si l'incendie avait éclaté, il eût été imputable à la femme Vilmenot. Or, il est difficile de comprendre comment des actes uniquement préparatoires, pourraient rendre un crime imputable, quelles qu'en aient été les suites. Dès lors, on est en droit de s'étonner que Cour ait qualifié de préparatoires des actes, qui, si l'incendie eut éclaté, sans autre participation de la femme Vilmenot, eussent suffi, de son propre aveu, à la faire déclarer coupable du crime d'incendie. Il y a

(1) *Revue générale de Droit*. Année 1879, p. 430.

là une sorte de contradiction que nous avons cru utile de relever.

Nous pensons donc, en revenant à la théorie plus générale, que nous avons exposée au début de cette section, que lorsque tout a été disposé par l'agent, pour que le crime se produise, pour ainsi dire, fatalement et sans que cet agent ait de nouveau à intervenir d'une façon quelconque, nous nous trouvons en présence du commencement d'exécution nécessaire, aux termes de l'article 2, pour rendre la tentative punissable.

C'est la thèse que nous avons vu la Cour de cassation adopter dans les arrêts du 20 juillet 1861 et du 2 juillet 1886. Nous croyons qu'elle a consacré ainsi une théorie véritablement juridique et équitable.

SECTION IV

De la Bigamie

Le crime de bigamie est prévu et puni par l'article 340 du Code pénal qui est ainsi conçu :

« Quiconque, étant engagé dans les liens du mariage, en aura contracté un autre, avant la dissolution du précédent, sera puni de la peine des travaux forcés à temps. L'officier public qui aura prêté son ministère à ce mariage, connaissant l'existence du précédent, sera condamné à la même peine. »

Toutes les difficultés que nous avons eu à examiner précédemment, à propos des crimes déjà étudiés, se

présentent à nouveau, en ce qui concerne le crime de bigamie. Peut-il y avoir une tentative de bigamie et dans quelles conditions? En quoi consistera ici le commencement d'exécution exigé par l'article 2? A quel moment l'agent sort-il de la phase simplement préparatoire du crime, pour entrer dans celle de l'exécution? Autant de questions qu'il convient d'étudier, et qui, toutes présentent des difficultés plus ou moins considérables.

Il est bien certain tout d'abord, qu'il peut y avoir tentative de bigamie. Personne n'a songé à le contester sérieusement. L'article 2 incrimine, dans sa généralité, la tentative de tous les crimes prévus par le Code pénal, pourvu qu'elle réunisse les conditions exigées par la loi. L'article 3 n'exempte de cette règle que les faits qualifiés délits. La tentative légale de ce crime, doit donc être punie comme le crime même.

Mais quels sont les éléments constitutifs de cette tentative? C'est ici qu'il faut faire intervenir notre distinction ordinaire entre les actes d'exécution et les actes préparatoires.

Un certain nombre de faits ne peuvent incontestablement constituer que des actes préparatoires. Il en est ainsi par exemple de la signature du contrat de mariage (1). Il en est de même des démarches faites en vue d'un second mariage, du dépôt de certaines pièces rassemblées dans ce but, de la publication des bans, et même de la fixation du jour du mariage. Tous

1) *Cass.*, 7 Frimaire an X. D., J. G. V^o Bigamie n^o 21.

ces faits ne sont évidemment que la préparation du crime ; il n'y a pas jusqu'ici de tentative de bigamie.

Cette solution adoptée par la grande généralité des auteurs, est aussi celle de la Cour de cassation et des Cours d'appel.

Le 23 novembre 1839, la Cour de cassation eut à statuer sur deux espèces fort intéressantes :

Dans la première il s'agissait d'un nommé Colin qui, déjà marié, voulait former un second mariage.

Dans ce but, il remit à l'officier de l'état civil diverses pièces, et fit publier les bans. Mais s'étant présenté de nouveau à la mairie, pour fixer le jour de la célébration, l'officier de l'état civil exigea un certificat, constatant que Colin était libre. Le projet n'eut pas d'autre suite et Colin fut poursuivi comme bigame. « Attendu, dit la Chambre des mises en accusation de la Cour d'appel d'Angers (29 mai 1839), que si, des pièces de l'instruction il résulte, que le prévenu aurait manifesté l'intention de commettre le crime de bigamie, par plusieurs faits, tels que des démarches auprès des officiers de l'état civil, des pièces recueillies et présentées et des publications requises pour parvenir au second mariage, ces faits peuvent bien être qualifiés actes extérieurs, mais aucun n'entraînant immédiatement et nécessairement la célébration du mariage, ne caractérise, par conséquent, un commencement d'exécution etc... ».

La seconde espèce se présentait dans des conditions à peu près identiques, mais les circonstances, qui ont précédé l'arrêt de la Cour de Poitiers, sont si parti-

culièrement curieuses, qu'elles méritent, à ce titre, d'être rapportées.

En 1843, un individu nommé Grelet-Desprades, domicilié à Souché (Deux-Sèvres), épouse la demoiselle Dulandreau. Le 22 juin 1835, intervient un jugement de séparation de corps, au profit et sur la demande de la femme. Depuis, le 5 juillet 1836, par arrêté du grand canton de Bâle-Campagne, Desprades est naturalisé suisse, et un autre arrêté du 16 juillet de la même année, convertit la séparation de corps en divorce (admis alors par la législation suisse). Le 19 juillet 1836, s'étant marié avec une demoiselle Plasse de Niort, il est inculpé de bigamie, mais il intervient une ordonnance de non-lieu, non suivie d'opposition, par le motif que, devenu sujet de la loi suisse, il n'était plus sujet de la loi française, relativement à ses actes hors du royaume. Le 3 mai 1837, décède Mlle Plasse, et Desprades projette un troisième mariage, avec la demoiselle Chopin, domiciliée à La Rochelle. Les publications ont lieu, les 29 juillet et 5 août, tant à la Rochelle, domicile de la future, qu'à Souché, domicile du futur, Desprades requiert ensuite du maire de La Rochelle, la fixation d'un jour pour la célébration du mariage ; sur le refus de ce dernier, fondé, à ce qu'il paraît, sur l'existence de la demoiselle Dulandreau, première épouse de Desprades, celui-ci, va contracter en Suisse, le 20 août 1838, le mariage projeté. Des poursuites pour tentative de bigamie ayant eu lieu contre Desprades, il prétend qu'étant naturalisé suisse, et la séparation de corps ayant été convertie en divorce, il a pu former un

second mariage, le premier étant dissous par la législation civile de son pays. 9 octobre 1838, ordonnance de non-lieu du Tribunal de la Rochelle, fondée sur la bonne foi de l'inculpé. Sur opposition du Ministère public, la Chambre des mises en accusation de la Cour de Poitiers confirme, s'appuyant sur ce que les publications du mariage, et la demande adressée au maire de fixer un jour pour la célébration, ne peuvent être considérées comme un commencement d'exécution de ce mariage.

Sur ces deux espèces, la Cour de cassation a décidé, que c'était avec raison que les Cours d'appel avaient refusé de voir dans les faits incriminés, autre chose que de simples actes préparatoires (1).

Jusqu'ici tout le monde est à peu près d'accord ; mais si nous recherchons maintenant, à quels actes il convient d'accorder le caractère d'actes d'exécution, les dissentiments commencent.

C'est ainsi que Benech, dans un article fort intéressant consacré à cette matière (2), refuse d'appliquer au crime de bigamie, la notion de la distinction des actes d'exécution et des actes préparatoires. « Cette distinction, dit-il, est repoussée par la nature même du crime de bigamie. Puisqu'il faut un second mariage contracté pendant l'existence du premier, dans quel cas pourrait-on dire que le second mariage a reçu un

(1) Signalons cependant, pour être complets, que, dans un très ancien arrêt du 24 floréal an X, la Cour de cassation avait adopté l'opinion contraire.

(2) *Revue Wolowski*, année 1844, p. 432.

commencement de perfection, qui est resté incomplet, suspendu? »

D'après cet auteur, il ne saurait être question ici de commencement d'exécution, parce que le mariage consiste tout entier dans un fait simple et indivisible. « On ne commence pas à être marié pour partie, en restant non marié pour une autre partie; il y a, ou liberté absolue, ou engagement parfait et définitif. »

C'est encore là l'éternelle théorie, que nous avons combattue plusieurs fois déjà, consistant à dire : que le commencement d'exécution exigé par la loi est le commencement d'exécution de l'acte même constitutif de l'infraction. Nous savons que cette théorie est fausse et doit être rejetée ; nous savons aussi pour quels motifs.

Est-ce à dire, que M. Benech, nie, en matière de bigamie, l'existence d'une tentative punissable? Non, assurément. Mais il ne reconnaît la possibilité de cette tentative que dans un seul cas : celui où le second mariage contracté pendant l'existence du premier, se trouve annulé par une cause étrangère à l'un des deux contractants, par exemple, par l'incompétence de l'officier de l'état civil que les parties considéraient comme compétent. Il n'y a pas dans ce cas, bigamie proprement dite, puisque le jugement qui prononce la nullité, est déclaratif de la non-existence du second mariage, mais il y aura certainement une tentative légale punissable.

Nous sommes, jusqu'ici, absolument d'un avis conforme à celui de M. Benech. Nous reconnaissons avec lui, que la tentative existera, lorsque le second mariage,

ayant été complètement célébré, se trouvera entaché d'une nullité autre que le vice de bigamie. Mais nous pensons qu'elle peut exister aussi dans d'autre cas.

Nous n'avons qu'à imaginer pour cela, que les parties se soient présentées, devant l'officier de l'état civil, au jour et heure indiqués, que la cérémonie de la célébration ait été commencée, et qu'elle se trouve interrompue accidentellement, parce qu'un événement fortuit amène, par exemple, la découverte de la fraude. Il y aura incontestablement dans cette hypothèse une tentative légale de bigamie. D'une part, en effet, il nous paraît impossible de ne pas voir, dans les faits que nous avons imaginés, un commencement d'exécution, et d'autre part, la suspension du crime est bien produite par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur. Les conditions requises par l'article 2, se trouvent donc réunies et permettent d'appliquer, sans hésitation, aux faits dont il s'agit, la qualification de tentative punissable.

M. Benech, a soutenu la théorie contraire et l'a même poussée, jusqu'à ses plus extrêmes limites. Selon lui, l'officier de l'état civil eut-il donné lecture du chapitre VI, du titre du mariage; eût-il reçu le consentement des personnes, sous la puissance desquelles, les futurs, ou l'un d'eux, se trouvaient placés; eût-il même interrogé solennellement un des futurs et celui-ci eut-il déjà exprimé son consentement; qu'il n'y aurait pas encore commencement d'exécution, mais seulement préparation du crime.

C'est bien le cas de dire, semble-t-il, que qui veut trop prouver, ne prouve rien. Aussi, nous bornerons

nous, à admirer la logique implacable et courageuse, dont M. Benech fait ici la preuve, sans le suivre davantage dans une voie, où ont refusé d'entrer avec lui, la jurisprudence et la doctrine (1).

SECTION V

Du Meurtre

Un homme a projeté la mort d'un de ses semblables. Pour arriver à son but, il se munit d'un fusil chargé et va se mettre en embuscade sur le chemin où son ennemi doit passer. Il n'y a très certainement, jusqu'ici, que des actes simplement préparatoires. Mais poursuivons notre hypothèse. Voyant venir son ennemi, notre homme le met en joue. Faut-il voir dans cet acte un commencement d'exécution ? Nous le croyons. Si, de plus, à cet instant, il est empêché de tirer, par une circonstance fortuite et indépendante de sa volonté, par le fait d'un tiers, par exemple, qui relève son arme, au moment même où il va presser la détente ; nous serons bien en présence d'une tentative de meurtre, réunissant les deux conditions exigées par l'article 2.

(1) Voir encore sur la tentative de bigamie d'autres arrêts : Cass., 23 novembre 1839, S., 1840, 1, 144.

Douai, 26 août 1836, D. J. G., V^o Bigamie nos 22 et 23. Cass., 30 juin 1840, D. J. G., V^o Tentative n^o 67. Paris, 3 juillet 1840 (*Ibid*), etc.

C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 28 juillet 1848 (1). Voici ce que nous lisons en tête de l'arrêt : « Se rend coupable de tentative de meurtre, l'individu qui couche en joue une personne avec l'intention de faire feu sur elle, et qui n'est arrêté, dans l'exécution de son projet, que par la crainte qu'il éprouve pour sa propre personne, en voyant plusieurs fusils dirigés contre lui. »

Le réquisitoire du substitut du procureur général, avait conclu en sens contraire : « Attendu, disait-il, que le fait de coucher un homme en joue, en menaçant même de faire feu, n'est point encore un commencement d'exécution constitutif de la tentative de meurtre, puisqu'il laisse place au repentir, et peut n'être dans la pensée de celui qui l'exécute, qu'un moyen d'intimidation ;..... qu'ainsi, et en l'état des faits, la tentative d'assassinat doit être écartée..... »

Nonobstant ces conclusions, la Cour de Paris a très justement décidé ; qu'il fallait voir dans les actes que nous avons rapportés, des actes d'exécution, sans donner malheureusement à cette solution, tous les développements qu'elle comportait, et qu'il aurait été si intéressant de connaître.

Cette question, dont la pratique ne nous offre que de très rares exemples, puisque l'arrêt de la Cour de Paris est le seul que nous ayons pu relever, touchant directement le point spécial qui nous préoccupe, nous conduit à l'examen d'un autre problème, à coup sûr,

(1) Paris, 28 juillet 1848, D., 1849, 2, 166.

plus fréquemment posé, et dont la solution ne laisse pas que de soulever de grandes difficultés.

Doit-on voir, dans les simples blessures faites au cours d'un duel, une tentative de meurtre ? Cette question a été, et est encore, une des plus vivement controversées de tout le droit criminel. Remarquons d'abord que tout se ramène au point de savoir, si l'homicide commis en duel constitue un meurtre avec préméditation. Si ce premier point est acquis, il nous paraît sans difficulté que les simples blessures faites en duel pourront constituer une tentative d'assassinat.

L'examen de cette question préalable excède trop les limites de cette étude, pour que nous puissions nous y arrêter longuement. Elle a donné lieu, devant la Cour de cassation, à des débats retentissants et demeurés célèbres.

Après le superbe réquisitoire de M. le procureur général Dupin, la Cour a adopté les solutions suivantes qui sont encore en définitive, celles qui sont reconnues à l'heure actuelle, par une jurisprudence qui nous paraît formelle :

1^o L'homicide commis et les blessures faites en duel (bien que le combat se soit passé avec loyauté), constituent un crime ou délit punissable, aux termes des articles 295, 296, 309 du Code pénal ;

2^o Celui des combattants qui n'a fait que blesser son adversaire, doit, néanmoins, être poursuivi comme coupable de tentative de meurtre ;

3^o Le fait seul d'avoir tiré sur son adversaire, sans

l'atteindre, constitue une tentative de meurtre (1).

Sans vouloir exposer tout au long, ni à plus forte raison, discuter les arguments d'ordre juridique, sur lesquels s'est basée la Cour de cassation, arguments qui sont d'ailleurs, à notre sens, difficilement réfutables, nous nous bornerons à remarquer avec plusieurs criminalistes modernes, et notamment avec M. Garraud, que l'assimilation complète que l'on prétend faire entre l'assassinat ordinaire, tel qu'il est prévu et puni par la loi pénale, et l'homicide commis en duel, est bien faite pour choquer à la fois, et l'opinion généralement admise, et notre notion même de la justice absolue. Notre esprit se refuse à voir un assassin dans celui qui, loyalement, il faut nécessairement le supposer, a tué son adversaire en combat singulier.

Ne faudrait-il pas tout au moins distinguer entre les duels qui, d'après une convention préalable, doivent s'arrêter au premier sang, et ceux dans lesquels, le combat doit continuer jusqu'à ce que la mort d'un des deux adversaires s'ensuive? Il semble bien que dans le premier cas, alors qu'il est pour ainsi dire, convenu d'avance, que tout doit se borner à une égratignure sans aucun caractère de gravité, on ne puisse raisonnablement soutenir qu'il y ait tentative de meurtre.

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence de la Cour de cassation, telle que nous l'avons résumée, paraît,

(1) Cass. 22 décembre 1837, S., 1838, 1, 15. — V. aussi Cass., 9 juillet 1838, S., 38, 1, 1009. Cass., 2 août 1839, S., 39, 1, 150. Paris, 21 mai 1840, D., 40, 2, 270.

aujourd'hui, si solidement établie, que nous ne pouvons que constater les résultats auxquels elle arrive, résultats qu'il serait, pour le moment, inutile de contester.

S'il en est ainsi, et si nous admettons que l'homicide commis en duel constitue, aux yeux de la loi, un véritable assassinat; nous sommes aussi obligés de déclarer que les actes qui tendront directement à cet homicide, qui en commenceront l'exécution, devront être considérés comme des actes punissables aux termes de l'article 2.

Aucune difficulté sérieuse ne saurait donc s'élever sur ce point. Tout dépend, en définitive, de la solution que l'on donne à la première question : le duel est-il punissable ? Les autres en découlent tout naturellement.

SECTION VI

Du Faux

Les crimes de faux sont généralement considérés comme formant une exception à l'article 2, lequel ne punit, nous le savons, que le commencement d'exécution du crime.

La falsification d'une pièce, ou d'une monnaie, a-t-on dit, n'est pas elle-même un crime, mais seulement un moyen d'y parvenir. Le véritable crime c'est la tromperie, c'est le vol que l'on commettra en en faisant usage. Cette falsification n'est, en y regardant d'un peu près, qu'un acte préparatoire de cette escroquerie, ou de ce vol. En le punissant le législateur a donc

consacré implicitement une exception à l'article 2, qui, en règle générale, laisse les actes préparatoires en dehors de toute répression.

On a pensé, avec juste raison, que cette fabrication d'une pièce fausse, faisait courir à la société un danger trop grave, pour rester impunie. Il est bien évident que celui qui commet un faux, agit dans l'intention de s'en faire un moyen, d'escroquer ou de voler. C'est pour cela que le législateur a cru devoir établir en cette matière, deux crimes distincts, la fabrication du faux et l'usage du faux (art. 132, 147, 148 C. P.)

Certains criminalistes et notamment Bertauld (page 197) ont combattu cette théorie, niant que la fabrication d'une pièce fausse, ou d'une monnaie, doive être considérée comme un acte préparatoire, et refusant de voir, dans les dispositions de la loi qui la punissent, une dérogation à l'article 2. La controverse ne nous paraît pas présenter grand intérêt, tout au moins au point de vue pratique, puisque des deux côtés, on arrive à une solution identique, à savoir, que la fabrication d'une pièce fausse a le caractère d'un crime principal. D'où il suit naturellement que la tentative de ce crime sera punissable, toutes les fois qu'elle réunira les caractères exigés par l'art. 2.

Nous aurons, dès lors, à nous demander, ainsi que nous l'avons toujours fait jusqu'ici, en quoi consistera le commencement d'exécution? Il est bien difficile de faire à cette question une réponse unique et générale, les espèces pouvant varier à l'infini. Considérons cependant, d'une façon plus particulière, le crime de faux en écriture publique.

Nous constaterons d'abord, qu'il existe sur cette matière, une jurisprudence relativement considérable. Nous allons essayer d'en dégager les principes, et de voir quelles sont actuellement les règles suivies sur ce point par les Cours d'appel et la Cour de cassation.

Le commencement d'exécution du crime de faux existera, lorsque l'agent aura apposé une fausse signature, ou aura fait une fausse déclaration relativement aux faits que l'acte avait pour but de constater, si l'officier public a commencé la rédaction de l'acte et a découvert la fraude avant sa clôture.

Les décisions judiciaires rendues en ce sens, sont assez nombreuses. Nous allons en donner quelques exemples. La Cour de cassation a décidé : que celui qui s'est présenté chez un notaire, pour faire souscrire un acte de donation à son profit, par un individu, qui s'obligeait faussement sous le nom d'un tiers, est coupable d'une tentative de faux, quoique l'acte de donation n'ait pas été consommé, par suite du soin que le notaire a eu de n'y pas apposer sa signature (1).

Il a été également jugé : qu'il y a tentative punissable de faux, de la part de celui qui s'est présenté devant le Conseil de révision, sous le nom d'un autre individu, et y a fait valoir en faveur de celui-ci, les motifs d'exemption, existant en sa propre personne, bien que la fraude ait été découverte avant que le Conseil ait dressé aucun acte (2).

(1) Crim., rej. 9 juillet 1807 (V° Faux et Fausse monnaie D., J., g. n° 262, 1°.)

(2) Cass., 7 mars 1835. (V° Faux, D., n° 260) et sur renvoi, Nîmes, 41 juin 1835, Chambre correctionnelle.

Que le crime de tentative de faux, en acte public, ne suppose pas nécessairement un acte public entièrement consommé; qu'ainsi le défaut de signature de l'un des notaires instrumentaires sur un acte signé par l'autre notaire, n'efface pas le caractère criminel du faux qui a produit cet acte (1).

Nous rapporterons enfin deux derniers arrêts plus explicites encore que les précédents, et dans lesquels le commencement d'exécution est plus nettement indiqué.

Un arrêt de la Cour de cassation du 12 juin 1807 décide: que celui qui se présente devant l'officier de l'état civil pour consentir au mariage d'une personne dont il déclare faussement être le père et qui, après la rédaction de l'acte, se retire sans signer, s'apercevant qu'il est reconnu, doit être puni comme coupable d'une tentative de faux en écriture publique (2).

Et un autre, de la même année, déclare qu'il y a tentative de faux de la part de celui, qui, dans le dessein de faire circuler des lettres de change, en fait graver les modèles sur les traites originales des banquiers dont il se propose de contrefaire la signature. On dirait, en vain, qu'il n'y a pas de commencement d'exécution coupable, tant que les imprimés, destinés à devenir des lettres de change n'ont pas été revêtus d'une signature quelconque (3).

(1) Crim., rej., 9 janvier 1812 (D., J., G., v^o Faux, n^o 105).

(2) Cass., 12 juin 1807 (*Id.* v^o Faux, n^o 272).

(3) Cass., 4 septembre 1807 (D., J., G., v^o Tentative, n^o 57 et v^o Faux, n^o 276).

Il est donc bien certain, d'après une jurisprudence que nous pouvons considérer comme définitive, qu'il est nécessaire mais suffisant, pour que le commencement d'exécution existe en matière de faux en écriture publique, que la rédaction de l'acte ait été commencée, puis qu'une circonstance fortuite soit venue en empêcher l'achèvement. Si, en effet, l'acte était entièrement rédigé et signé de toutes les parties, ainsi que de l'officier public, il n'y aurait plus seulement tentative de faux, mais bien consommation complète de ce crime. Enfin, pour être logique, il faut décider : que si, au contraire, la rédaction de l'acte n'est pas encore commencée, tous les actes qui précèdent ne sont que de simples actes préparatoires, et le commencement d'exécution exigé pour rendre la tentative punissable n'existe pas.

Nous en aurions à peu près terminé maintenant, avec ce que nous avons à dire sur la tentative de crime, s'il ne nous restait quelques explications à fournir, relativement à une hypothèse toute spéciale : celle de deux crimes ou deux délits différents, mais ayant un but unique.

La Cour de cassation a décidé : que lorsque deux crimes ont été commis de telle manière que, non seulement, ils doivent être simultanés, mais que le premier est le moyen de parvenir à la perpétration du second, qui est le but du coupable, le commencement d'exécution du premier peut être considéré comme ayant le même caractère à l'égard du second.

Qu'ainsi, étant donné que des actes de violence et une tentative de meurtre, qui ont motivé le renvoi

de l'accusé devant la Cour d'assises, pour tentative d'homicide volontaire commis avec préméditation et guet-apens, constituent un commencement d'exécution de la soustraction qui a toujours été dans l'intention de l'accusé, et qui n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, la Chambre des mises en accusation est tenue de renvoyer également l'accusé, devant la Cour d'assises pour tentative de vol (1).

Elle a jugé également : que le fait d'avoir commencé l'exécution d'un premier crime, qui n'est que le moyen d'arriver à la perpétration du second, peut constituer une double tentative; que le meurtrier, arrêté dans son action, avant même d'avoir pu rechercher les valeurs qu'il se proposait de soustraire, peut être renvoyé devant la Cour d'assises, à la fois pour tentative de meurtre et tentative de vol (2).

La théorie générale que nous avons exposée précédemment, et à laquelle nous nous sommes ralliés, fait déjà pressentir que nous ne saurions approuver les solutions de la Cour de cassation. Nous ne pouvons admettre, en effet, que le meurtrier, arrêté dans les conditions indiquées par l'arrêt du 18 août 1871, puisse être poursuivi comme coupable d'une tentative de vol. L'homicide, qu'il a commis, considéré en lui-même, ne nous indique pas d'une façon suffisamment précise, que c'est à un vol qu'il voulait parvenir. Il

(1) Cassation, 17 juin 1875, D., 1876, 1, 41.

(2) Cassation, 18 août 1871. *Bull. crim.*, n° 94.

nous est impossible de voir dans ce fait, le commencement d'exécution du vol, quelque certaine que soit d'ailleurs l'intention de voler. Nous l'avons dit, et nous le répétons, ce n'est pas à la connaissance que l'on peut avoir de l'intention, du projet criminel, qu'il convient de s'arrêter, mais seulement aux constatations qui résultent de l'examen des faits accomplis par l'agent.

La Cour de cassation elle-même, dont les deux décisions que nous avons citées, semblent avoir été généralement approuvées, avait précédemment jugé d'une façon toute différente dans une espèce absolument analogue.

Nous avons rapporté, au cours de notre discussion générale cet arrêt fort intéressant. Il s'agissait, on se le rappelle, de deux détenus qui avaient mis le feu à la porte de leur prison, dans l'intention avouée de s'évader. La Cour a résolument écarté le chef d'incrimination relatif à la tentative d'évasion, pour reconnaître les prévenus coupables seulement d'une tentative d'incendie. Nous croyons fermement que c'est dans ce dernier arrêt que la Cour a fait l'application des véritables principes.

Nous arrêterons ici l'exposé que nous avons entrepris de faire, des principales questions se rapportant au commencement d'exécution, dans les tentatives de crime. Nous n'avons pas, loin de là, la prétention d'avoir été absolument complets. Nous n'avons abordé que les cas les plus usuels, ceux qui prêtaient davantage à la controverse, et à propos desquels, la jurisprudence avait été appelé à statuer.

— —

Il est bien évident que les espèces sont variables à l'infini, et que nous ne pouvions, ni les étudier toutes, ni indiquer des règles dont l'adaption puisse être faite à toutes indistinctement. Nous pensons néanmoins, qu'en s'inspirant des théories générales que nous avons développées et appuyées par de très nombreux exemples, il serait relativement facile de résoudre la plus grande partie des difficultés qui pourraient se présenter sur cette matière particulièrement délicate.

— — — — —

CHAPITRE III

Tentative de Délit

Aux termes de l'article 3, les tentatives de délits ne sont considérées comme délits, que dans les cas déterminés par une disposition spéciale de la loi.

Quelques difficultés se sont élevées sur l'application de cet article. La plus grave est celle de savoir si, pour que la tentative de délit soit punissable, il faut qu'elle réunisse les conditions mentionnées dans l'article 2, c'est-à-dire qu'elle ait reçu un commencement d'exécution, et qu'elle n'ait manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur.

Les partisans de la négative s'appuient sur la jurisprudence de la Cour de cassation qui, dans un certain nombre d'arrêts, a formellement déclaré que la règle générale de l'article 2 ne pouvait s'appliquer à la tentative de délit. C'est ainsi notamment que, dans un arrêt portant la date du 26 septembre 1828, nous lisons ce qui suit : « Attendu qu'on ne peut invoquer les règles générales du Code pénal, sur les circonstances constitutives de la tentative de crime, dans les cas particuliers où la tentative de délit est assimilée au délit

même ; que c'est un fait spécial que le législateur n'a point assujetti, dans l'article 3 du Code pénal, aux règles posées dans l'article 2 du même Code (1). »

« Attendu, dit-elle encore, sur l'unique moyen de cassation pris de la fausse application et par suite de la violation de l'article 2 Code pénal, en ce que l'arrêt attaqué, a considéré eomme constituant un commencement d'exécution, des faits qui ne pouvaient présenter ce caractère, puisqu'ils ne se liaient nullement au fait principal qui était l'objet de la prévention ;— Attendu que la loi n'a point spécifié les faits et les circonstances nécessaires pour constituer la tentative de délit, qu'elle a laissé au juge le soin de les rechercher, de les reconnaître, et d'en déduire leurs conséquences légales, se contentant de marquer avec précision, les caractères généraux de la tentative savoir : qu'elle ait été manifestée par un commencement d'exécution et qu'elle n'ait été suspendue ou n'ait manqué son effet, que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, etc. (2). »

Nous pensons, avec la plus grande partie de la doctrine, que cette jurisprudence doit être énergiquement combattue. Il est évident, en effet, que si l'art. 3 n'exige pas formellement, pour rendre la tentative de délit punissable, les conditions mêmes énumérées par l'article 2, il les suppose nécessairement : « Il serait

(1) Cass., 26 septembre 1828. *Bull. crim.*, n° 285.

(2) Cass. 40 décembre 1842. *Bull. crim.*, n° 323. Voir aussi cass. 1^{re} juillet 1880, S., 1881, 1, 237.

absurde, dit Carnot (1), d'imaginer que la tentative du crime pourrait être plus favorisée que la tentative des simples délits; ainsi tout ce que nous avons dit sur l'article 2 se rattache naturellement et par la seule force des choses, aux dispositions de l'article 3. »

Il suffit de remarquer, pour se convaincre de la vérité de cette assertion, le rapprochement voulu entre ces deux articles. Quelle est la portée de l'article 3? Elle est, à notre avis, beaucoup plus restreinte, que celle qui lui est attribuée par la Cour de cassation. L'article 2 pose une règle générale : Toute tentative de crime réunissant telle et telle condition, sera punie comme le crime même; l'article 3, placé immédiatement au dessous, vient restreindre pour les délits la généralité de la règle précédente, en déclarant : que les tentatives de délit ne seront punies comme les délits, que dans certains cas déterminés par la loi. Faut-il en conclure que ce texte a voulu exempter la tentative de délit, de l'obligation de remplir les conditions énumérées dans l'article 2? Evidemment non.

Il a eu simplement pour but de limiter à certains délits, l'application de la règle que l'article 2 étend à tous les crimes; mais cette règle reste la même. Elle domine tout le droit pénal, et il faut dire sans hésiter : que dans la législation française, il n'y a de tentative punissable, qu'autant qu'il y a eu commencement d'exécution, et qu'elle a été suspendue par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur.

(1) *Commentaires sur le Code pénal*, tome I, p. 24.

Un simple coup d'œil jeté sur la législation intermédiaire, viendrait, s'il en était besoin, fortifier encore cette manière de voir. Nous savons, en effet que la loi du 25 frimaire an VIII déclarait formellement applicables à tous les délits, les dispositions de la loi du 22 prairial an IV, relatives à la tentative de crime, dispositions que notre article 2 reproduit à peu près textuellement.

Le rédacteur de l'article 3 n'a pas cru devoir, pour éviter une répétition inutile, reproduire les conditions essentielles de la tentative ; mais du rapprochement de cet article avec celui qui le précède immédiatement et avec la loi du 22 prairial an IV, complétée par l'article 17 de la loi du 25 frimaire an VIII, il résulte incontestablement, que les éléments constitutifs de la tentative restent les mêmes, qu'il s'agisse de crimes ou de délits.

Toutefois les Tribunaux correctionnels, étant juges du fait, on a été d'accord pour admettre, que par cela seul qu'ils reconnaissaient un prévenu coupable d'une tentative de délit, ils reconnaissaient en même temps, implicitement, que cette tentative réunissait les éléments constitutifs exigés par l'article 2. C'est du moins ce qu'a maintes fois décidé la Cour de cassation.

Mais si le jugement ne doit pas expressément contenir l'indication des conditions générales de la tentative, il importe cependant qu'il soit motivé. Ainsi, une tentative de vol, par exemple, n'est pas suffisamment établie par l'arrêt qui ne constate, ni le commencement d'exécution, ni les circonstances qui auraient empêché la perpétration du délit malgré la volonté de son

auteur (1). « Attendu, dit encore la Cour, que l'article 2 du Code pénal, n'est même ni visé, ni reproduit; que la Cour de cassation ne peut vérifier quels sont les faits que l'arrêt a voulu atteindre et de quelle qualification légale ils seraient susceptibles; que, dès lors, il y a violation de l'article 7 de la loi du 20 avril 1810, etc... »

Il a été jugé également, à plusieurs reprises : que l'arrêt qui condamne pour tentative d'un délit et ne contient pas de constatations suffisantes quant au commencement d'exécution doit être cassé (2).

Dans ces conditions, ainsi que nous le faisons remarquer, il n'y a qu'un instant, les mêmes difficultés que nous avons eu à résoudre lorsque nous nous sommes occupés des tentatives de crimes, vont se représenter à l'occasion des tentatives de délits. Devrons-nous les étudier à nouveau, et passer en revue, comme nous l'avons fait pour les crimes, les principaux délits, à propos desquels ces difficultés ont pu être soulevées ? Nous ne l'avons pas pensé; une semblable manière d'agir, nous conduirait fatalement à d'éternelles et fastidieuses redites.

Nous n'avons pas cru devoir, cependant, abandonner la tentative de délit, sans essayer de montrer, sans autre prétention que celle de donner quelques exemples d'une utilité pratique courante, comment va fonction-

(1) Cassation, 23 décembre 1882, *Bull. crim.*, n° 290.

(2) V. notamment Cass. 12 juin 1886, D., 87, 4, 140 et Cass. 8 septembre 1892, D., 94, 4, 31.

ner ici notre fameuse théorie sur la distinction des actes d'exécution et des actes préparatoires.

Parmi le nombre presque infini des délits correctionnels, nous en avons choisi deux, qui se rencontrent fréquemment en pratique, et à propos desquels de très nombreuses décisions judiciaires sont intervenues : nous voulons parler du vol et de l'escroquerie.

Nous passerons assez rapidement sur le délit de vol, nous contentant de renvoyer, pour le surplus, à ce que nous avons dit précédemment à propos de l'escalade et de l'effraction. Le délit d'escroquerie nous retiendra un peu plus longtemps ; nous verrons qu'en effet, à ce délit se rattachent un certain nombre de questions controversées et fort intéressantes.

SECTION I

Du Vol

Les questions que nous aurons à examiner à propos du vol simple, qui n'est qu'un délit correctionnel, sont absolument du même ordre que celles exposées par nous, lors de notre étude sur le vol qualifié, qui est un crime. Quels seront les actes d'exécution ? Quels seront ceux que nous devons considérer comme simplement préparatoires ?

L'on se rappelle, sans doute, que d'après la théorie que nous avons adoptée, un acte ne peut être considéré comme constituant un commencement d'exécution, que s'il indique par lui-même, d'une façon précise

et sans équivoque possible, l'infraction que l'agent a l'intention d'accomplir; sinon, c'est un acte préparatoire.

Conformément à cette théorie, nous avons décidé, que l'escalade et l'effraction, indépendamment de tout autre acte postérieur, ne pouvaient être considérées comme une tentative de vol. C'est en nous inspirant des mêmes principes, que nous essayerons de résoudre quelques-uns des cas qui se sont présentés.

Nous admettrons, par exemple, que le fait, de la part d'un individu, de s'introduire dans une maison et de s'y cacher, dans l'intention de commettre un vol, ne constitue pas une tentative de ce délit, parce que l'acte commis ne présente pas un rapport direct et immédiat avec l'infraction que l'agent avait en vue. C'est ainsi, d'ailleurs que l'a décidé la Cour de Bordeaux, par deux arrêts rendus à des dates très rapprochées, 23 février 1870 et 21 juin 1871.

« Attendu, est-il dit, dans le premier de ces arrêts (1), qu'aux termes de l'art. 2 du Code pénal, deux conditions sont nécessaires pour constituer la tentative punissable d'un crime ou d'un délit, à savoir que la tentative ait été manifestée par un commencement d'exécution et n'ait manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur. » Notons, en passant, que la Cour de Bordeaux, conformément à l'opinion que nous avons soutenue, semble assimiler complètement la tentative de délit à

(1) Bordeaux, 23 février 1870, D., 71, 2, 227.

celle de crime. « Attendu, que ni l'une, ni l'autre de ces conditions, ne se rencontre dans le fait relevé par la prévention; attendu, en effet, que le fait de s'introduire dans une maison et de s'y cacher, n'est qu'un acte préparatoire du délit de vol et non un commencement d'exécution, puisque aucun agissement quelconque directement relatif au vol n'a encore eu lieu..... »

Et nous trouvons dans le second arrêt (1) un raisonnement analogue. « Attendu, dit-il, que la pensée coupable qui avait conduit Beauregard dans le chais à bois où il a été arrêté, ne s'était encore traduite par aucun fait matériel subséquent; que son introduction et son séjour de trois heures dans le dessein criminel qu'il avoue, ne constituent ainsi que deux actes préparatoires, qui, ainsi qu'il a été dit, échappent à toute peine..... »

C'est également, pensons-nous, au même ordre d'idées que se rattache une décision de la Cour d'Aix (2), rendue dans les circonstances suivantes :

Un individu accoste sur la voie publique un passant porteur d'un paquet assez volumineux, et lui offre de l'accompagner en portant son paquet, ce, à quoi, le passant consent. Ce dernier, au bout d'un certain temps, inquiet par la présence d'un second individu, qu'il n'avait pas vu tout d'abord, appelle deux sergents de ville. L'individu, porteur du paquet, rend précipitamment son fardeau à son pro-

(1) Bordeaux, 21 juin 1871, D., 72, 5, 432.

(2) Aix, 1^{er} février 1877, D., 1878, 5, 443.

priétaire et prend la fuite. Arrêté, et traduit devant des juges, il reconnaît qu'il avait l'intention de voler. Très justement, selon nous, le Tribunal correctionnel et la Cour d'appel d'Aix ont décidé : que les actes commis, bien que révélant une intention délictueuse, ne pouvaient être considérés comme un commencement d'exécution, et étaient des actes purement préparatoires, insuffisants pour constituer une tentative de délit.

C'est là, croyons-nous, l'application toute simple des principes que nous avons cherché précédemment à établir. Nous n'y insisterons pas davantage.

Nous avons dit également que le commencement d'exécution exigé par l'article 2, n'était pas le commencement de l'acte même constitutif de l'infraction telle qu'elle est définie par la loi, mais le commencement de l'exécution de cet acte, ce qui est bien différent.

Ainsi, considérant le délit de vol, nous sommes autorisés à déclarer, qu'il pourra y avoir tentative de vol, sans qu'aucun acte matériel de soustraction ait encore été commis. Plusieurs décisions judiciaires ont consacré cette manière de voir.

Nous citerons entre autres un arrêt de la Cour d'appel de Dijon (1) décidant que celui qui s'introduit, pour voler, dans une maison, pénètre d'une pièce dans une autre, et ouvre une armoire dans laquelle il croit trouver de l'argent, commet, s'il est surpris et dérangé

(1) Dijon, 21 mars 1877, D., 1878, 5, 443.

à ce moment, une tentative punissable, les actes qu'il a accomplis constituant, non plus de simples actes préparatoires, mais de véritables actes d'exécution.

C'est également devant la Cour de Dijon, que la question s'est de nouveau posée dans un cas très intéressant et très pratique : celui d'un vol de bois. La Cour eut à statuer sur les deux espèces suivantes : Dans la première, un individu, nommé Bailleux, adjudicataire des travaux à exécuter pour l'exploitation de la coupe affouagère de la commune de Lucey, avait marqué de son marteau des arbres non compris dans son lot, sans avoir eu encore, toutefois, la possibilité d'en commencer l'enlèvement ; dans le deuxième, un certain Guénebaud, avait déplacé les piquets limitatifs de son lot dans le but de s'approprier une certaine quantité d'arbres sur pied, à couper plus tard, au détriment des lots voisins. Les deux inculpés soutenaient que les actes commis par eux, n'ayant trait qu'à des arbres encore sur pied, étaient simplement des actes préparatoires, puisque ces arbres, encore immeubles, ne pouvaient être actuellement soustraits.

Leur prétention s'appuyait sur un arrêt de la Cour de cassation (1), qui avait jugé, que le fait, de la part d'un affouager, d'avoir apposé les numéros qui lui étaient échus, sur des arbres non compris dans son lot, a pu, par appréciation de l'intention du prévenu, être considéré comme un simple acte préparatoire du délit d'enlèvement de ces arbres, et non comme une tentative de ce délit.

(1) Cassation, 26 septembre 1846, D., 1846. 4, 369.

Nonobstant cette jurisprudence, la Cour de Dijon a reconnu les deux inculpés coupables d'une tentative de vol (1) par un arrêt fortement motivé.

« Considérant, dit-elle, que l'appelant soutient en vain que, quelque répréhensibles que soient les actes qui lui sont imputés, ces actes ne sont pas justiciables de la loi pénale, parce que des arbres sur pied ne sauraient être l'objet d'un vol, ni d'une tentative de vol; — Considérant que si l'objet ou la matière du vol, doit être une chose mobilière susceptible de soustraction, la loi déclare aussi susceptibles de vol, des choses non encore mobilières, mais qui sont destinées à l'être, telles que les productions utiles de la terre, qui avant d'être soustraites, n'étaient pas encore détachées du sol; que les arbres d'une coupe en exploitation, destinés à être abattus, sont compris dans ces expressions; que sans doute tant qu'ils sont sur pied, ces arbres ne sauraient être l'objet immédiat d'une soustraction, mais qu'il ne s'ensuit pas, qu'ils ne puissent l'être d'une tentative de vol; que la loi n'a pas limité l'espace de temps qui sépare la tentative, de la consommation du vol, et que rien n'empêche que les actes qui les constituent précèdent la mobilisation de la chose, du moment qu'il y a certitude, comme dans l'espèce, d'une part, que cette mobilisation est prochaine et assurée, et d'autre part, que le commencement d'exécution est, en fait et en intention, dirigé vers l'exploitation des arbres et leur appropriation frauduleuse, dès qu'ils seront détachés du sol. »

(1) Dijon, 2 mars 1881, D., 1882, 2, 457.

Nous arrêtons là les explications que nous voulions fournir sur la tentative de vol. Bien d'autres points intéressants mériteraient cependant d'être examinés, que nous sommes obligés de passer sous silence. Nous n'avons voulu que rappeler à propos du vol, comment fonctionnait la théorie fondamentale que nous avons exposée au début de cet ouvrage, et pour cela, nous nous sommes bornés à indiquer quelques exemples, choisis parmi ceux où la question de la distinction des actes d'exécution et des actes préparatoires, s'est posée de la façon la plus claire et la plus démonstrative.

SECTION II

De l'Escroquerie

La rédaction primitive de l'article 405 du Code pénal, avant qu'il ne fût complété par la loi du 13 mai 1863, avait soulevé de graves difficultés et fourni matière à d'interminables controverses.

La loi des 16 et 22 juillet 1791 ne punissait pas la tentative d'escroquerie. Il en était de même de la loi du 22 prairial an IV et de celle du 25 frimaire an VIII. Le Code pénal de 1810 s'était expliqué sur ce point d'une façon qui prêtait à l'équivoque. « Quiconque, disait-il, soit en faisant usage de faux nom ou de fausses qualités, soit en employant des manœuvres frauduleuses..... se sera fait remettre ou délivrer des fonds, des meubles ou des obligations, etc..., et aura par un de ces moyens escroqué *ou tenté d'escroquer* la totalité ou partie de la fortune d'autrui, sera puni..., etc. »

Il s'agissait de savoir, si, en présence de ce texte, la remise était un élément nécessaire de la tentative d'escroquerie. Nous n'entrerons pas dans tous les détails de cette controverse, qui ne présente plus d'ailleurs aujourd'hui, qu'un intérêt purement historique. Nous nous bornerons à rappeler, que la Cour de cassation n'a pas changé moins de quatre fois son système.

Toutes les difficultés venaient, nous semble-t-il, de la regrettable confusion qui s'était produite dans les esprits, entre la tentative simple et le délit manqué. Exiger pour caractériser la tentative, qu'il y ait eu remise des valeurs, puis que l'escroquerie n'ait pas été entièrement consommée, ou qu'elle n'ait manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de celui qui cherchait à l'accomplir, c'était bien sortir de la notion de la tentative pour rentrer dans celle de délit manqué.

La remise, en effet, est plus que le commencement d'exécution de l'escroquerie. A considérer les choses d'un peu près, on peut même dire qu'à ce moment le délit était consommé, bien qu'il arrivât ensuite que son effet fût manqué. Rationnellement, par conséquent, il était juste de dire que la tentative d'escroquerie pouvait exister, indépendamment de la remise des valeurs. C'était d'ailleurs la théorie que la Cour de cassation avait adoptée, dans un arrêt, rendu toutes Chambres réunies, après les remarquables conclusions de M. le procureur général Dupin, le 20 janvier 1846 (1).

(1) Cassation, 20 janvier 1846, D., 46, 1, 70.

Quoi qu'il en soit, la loi du 13 mai 1863 a eu pour but et pour résultat, de mettre un terme à toutes ces fluctuations. Le nouvel article 405 porte en conséquence que : « quiconque..... se sera fait remettre ou délivrer, *ou aura tenté de se faire remettre ou délivrer*, etc... ». Il n'est plus besoin désormais que les valeurs aient été obtenues.

Actuellement, on peut donc poser comme règle, que pour que la tentative d'escroquerie soit punissable, il faut qu'elle soit accompagnée de toutes les circonstances énumérées dans les articles 2 et 3 du Code pénal, c'est-à-dire qu'elle ait été manifestée par un commencement d'exécution, et qu'elle n'ait été suspendue, ou n'ait manqué son effet, que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur.

En d'autres termes : « Le délit est commencé, dit M. Garrand (1) et la tentative simple est constituée, dès que l'inculpé, soit en faisant usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit en employant des manœuvres frauduleuses, pour persuader l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, ou pour faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident, ou de tout autre événement chimérique, a tenté de se faire remettre un des objets énumérés dans l'article 405. »

Nous aurons donc à nous demander maintenant, puisque nous nous trouvons en présence de la tentative d'un délit, tentative qui, comme toutes les autres, doit

(1) GARRAUD, tome V, n° 273. (V. aussi CHAUVEAU et FAUSTIN-HÉLIE, tome V, n° 2237 et s.

pour être punissable, réunir les conditions de l'art. 2, en quoi va consister le commencement d'exécution exigé par la loi ?

La réponse à cette question paraît des plus simples. Les manœuvres frauduleuses qui, jusqu'en 1863, n'avaient été considérées par beaucoup, que comme des actes simplement préparatoires, deviennent le commencement d'exécution du délit d'escroquerie. Mais tout ne saurait finir par cette simple constatation, et des difficultés se sont présentées. Elles sont de deux ordres bien différents.

Les Tribunaux auront à se demander tout d'abord, si les faits relevés à la charge des individus qu'ils ont pour mission de juger, constituent des manœuvres frauduleuses, dans le sens que donne à ces mots l'article 405. Puis cette question, une fois résolue, se posera celle de savoir, s'il faut voir dans les manœuvres ainsi constatées le commencement d'exécution du délit d'escroquerie.

Aussi, remarquons-nous, dans les nombreux arrêts qui sont intervenus en cette matière, que ces deux questions y sont toujours résolues dans deux paragraphes bien distincts. Nous n'avons, bien entendu, à nous préoccuper ici que du second ordre de difficultés, c'est-à-dire de celles qui concernent le commencement d'exécution.

Nous avons dit qu'il était impossible de déterminer les actes d'exécution d'une façon absolument générale, et s'appliquant indistinctement à tous les cas qui pourraient se présenter. Aucun délit ne nous montre autant de variations et de transformations que l'escroquerie :

« L'escroquerie, a dit avec beaucoup d'éloquence M. Dupin, c'est une sorte de protéé, qui se transforme en mille manières. Quand vous croyez le tenir, il vous échappe; vous étendez la main pour saisir un filou, vous avez un escroc; vous croyez saisir un escroc, vous avez un filou dans la main (1). »

Nous nous contenterons donc d'examiner comment, dans quelques cas intéressants et typiques, la jurisprudence a résolu la question. Nous arriverons, en procédant ainsi, à recueillir des indications précieuses pour résoudre, par analogie, les difficultés qui se présentent chaque jour.

Le problème s'est posé d'une façon très nette et particulièrement intéressante, devant la Cour de cassation, au lendemain même de la nouvelle loi. Il s'agissait de la cession d'un office ministériel. Le cédant avait remis au cessionnaire, dans le but d'attribuer à son office une valeur exagérée, un registre de recettes falsifié, à l'aide d'additions et d'altérations, et lui avait recommandé de dresser, d'après ce registre, les relevés à produire à la chancellerie.

La Cour a décidé avec raison que ces faits constituaient des manœuvres frauduleuses dans le sens de l'article 405, et que les juges avaient pu y voir la tentative du délit d'escroquerie, bien que la fraude ait été découverte, avant qu'aucune production ait été faite à l'autorité supérieure.

Les considérants de l'arrêt sont d'ailleurs à relever, parce qu'ils déterminent avec un soin tout particulier

(1) Réquisitoire à la Cour de cass., 1846, D., 1846, 1, 70.

et une grande précision, en quoi consiste dans cette espèce, le commencement d'exécution :

« Attendu (1), y est-il dit en effet, qu'il appert de l'arrêt attaqué que la tentative s'est manifestée par un commencement d'exécution résultant notamment : 1^o de la convention verbale de cession ; 2^o de son exécution par la livraison du registre altéré des émoluments ; 3^o de la confection des états à produire à la chancellerie, états relevés sur ledit registre ; 4^o de la recommandation de faire ces relevés en copiant textuellement le registre falsifié ; — que l'arrêt conclut, de l'ensemble de toutes ces circonstances, que ces faits « ont un rapport étroit, visible et nécessaire » avec le dessein délictueux qu'ils tendaient à accomplir, et qu'ils constituaient, dès lors, un commencement d'exécution véritable ; — attendu que Roussel excipe vainement, en présence de ces constatations diverses, de la nature toute spéciale de la cession à réaliser, cession d'office, ne pouvant s'opérer que sur l'agrément de l'autorité supérieure ; — que cette circonstance importe peu, puisqu'en admettant, que les manœuvres ne se soient pas élevées, jusqu'à cette autorité, il n'en est moins avéré qu'elles avaient entouré et trompé celui-là même qui devait être victime de l'escroquerie, et qu'elles étaient conséquemment manifestées par un commencement d'exécution incontestable, etc... »

C'est au même ordre d'idées que se rattache également un arrêt de la Cour suprême, décidant que le commencement d'exécution constitutif de la tentative

(1) Cassation, 18 février 1865, D., 1865, 1, 117.

d'eseroquerie, résulte suffisamment de la production à l'autorité municipale, de comptes frauduleux dressés de concert, puis visés et certifiés par un tiers complice (1) : « Attendu, en ce qui touche le premier moyen tiré de ce que l'arrêt attaqué ne constaterait à la charge des demandeurs aucun fait qui soit de nature à être considéré comme un commencement d'exécution ; attendu que les constatations de fait qui se rencontrent dans l'arrêt attaqué repoussent suffisamment ce moyen ; qu'en effet, après avoir déclaré que des comptes frauduleux ont été dressés de concert, entre les prévenus, puis visés, approuvés et certifiés par Arnoulies, employé de la ville de Carcassonne, ensemble de faits qui constitue la préparation du délit, l'arrêt ajoute que ces comptes ont été présentée à l'Administration municipale, à l'effet d'en réclamer le paiement ; que ces dernières circonstances constituent le commencement d'exécution, et justifient la déclaration de l'arrêt : que les prévenus ont tenté de se faire délivrer des fonds sur la caisse municipale de la ville de Carcassonne... »

Il a été jugé aussi, dans le même sens, que la production d'un état de créances fausses ou exagérées, a le caractère de manœuvres frauduleuses, dans le sens de l'article 405, lorsque cet état, certifié sincère et définitivement dressé, a été déposé aux mains des personnes qui doivent le payer, et que cette production à la personne, nécessaire à la transmission au prétendu débiteur, n'est pas un simple acte préparatoire, mais constitue un véritable commencement d'exécution

(1) Cassation, 9 novembre 1866. *Bull. Crim.*, n° 229.

suffisant pour établir la tentative d'escroquerie, abstraction faite de la remise des fonds et même du désistement de l'auteur principal à la créance prétendue (1).

Jugé également que la tentative du délit d'escroquerie est nettement caractérisée, lorsque les efforts faits pour obtenir le versement de sommes d'argent, à l'aide de manœuvres frauduleuses, rentrant dans les prévisions de l'article 405, ont abouti à un rendez-vous pris pour la remise des fonds, et lorsque la remise volontaire de celui dont on convoitait l'argent, a seule empêché la consommation du délit (2).

Que le fait, par un prévenu, d'avoir, à l'aide de manœuvres frauduleuses réunissant les caractères exigés par l'article 405, cherché à se procurer, sans les obtenir, le visa du commissaire de l'inscription maritime et son inscription sur les registres par lui tenus, afin de s'assurer le droit à la pension prévue par la loi du 11 avril 1881, est un commencement d'exécution constitutif de la tentative d'escroquerie (3).

Qu'il faut voir une tentative d'escroquerie punissable, dans le fait d'avoir, après le dépôt des enjeux, mis sur un paquet de cartes régulières, d'autres cartes frauduleusement préparées, pour gagner à tout coup, alors que le tricheur avait été découvert et empêché

(1) Cassation, 16 avril 1870. *Bul. crim.* n° 88.

(2) Paris, 3 janvier 1888. D., 1888, 2, 454.

(3) Cassation, 7 mai 1892. D., 1893, 1, 134.

de se servir des cartes préparées, avant que la partie fût jouée et par conséquent gagnée (1).

La Cour de cassation, au contraire, n'a pas reconnu le caractère d'une tentative d'escroquerie, manifestée par un commencement d'exécution, dans les hypothèses suivantes :

Elle a décidé : que le contremaître qui a frauduleusement forcé, sur la feuille de contrôle, le chiffre des journées dues à quelques-uns des ouvriers placés sous sa direction, ne peut, bien qu'il l'ait fait en vue d'en tirer profit, être déclaré coupable de tentative d'escroquerie, si, ne pouvant rien toucher par lui-même, il se trouve que les ouvriers dont le compte a été surchargé, n'ont jamais eu l'intention de concourir à la fraude, en sorte que, la remise des journées portées en excédent, n'est pas arrivée à un commencement d'exécution (2).

Remarquons en passant, que cette circonstance que le crime ou le délit préparé ne peut se consommer qu'avec le concours d'un autre, n'est pas exclusive de la tentative, lorsque l'individu dont le concours est nécessaire est exposé à le donner à son insu. C'est ainsi que nous avons approuvé précédemment, une décision qui reconnaissait le commencement d'exécution du crime d'incendie, dans le fait d'avoir préparé des objets inflammables, à proximité d'un four, de

(1) Cassation, 8 mars 1884. *Gaz. du Palais*, 1884, 4, 675. Voir aussi les nombreuses décisions rapportées par David : *De l'escroquerie*, p. 92 et suiv.

(2) Cassation, 7 février 1868, D., 1868, 4, 411.

façon à ce que le feu prenne de lui-même, dès que ce four serait allumé.

Mais nous avons vu, au contraire, que le désistement de celui dont le concours était nécessaire et qui l'avait promis, désistement qui empêchait le crime d'aboutir, effaçait le caractère d'actes d'exécution des faits accomplis; que, par exemple, l'action de celui qui, après s'être engagé à empoisonner quelqu'un, dénonce le complot, empêche l'auteur principal d'être reconnu coupable d'une tentative d'empoisonnement. C'est à ce même ordre d'idées qu'il faut rattacher la décision que nous venons de citer.

Pas de tentative d'escroquerie, enfin, de la part d'individus, tenant aux abords d'un champ de courses, un jeu de bonneteau, et invitant les passants à se joindre à eux, après remise de sommes d'argent, qu'ils comptaient escroquer. La Cour de cassation n'a vu là, avec juste raison, que des actes préparatoires, insuffisants par conséquent, pour caractériser une tentative (1).

Nous avons dit, au début de notre étude, que nous nous propositions de résoudre un double problème. Le premier et le plus important, consistait à examiner ce qu'il fallait entendre par commencement d'exécution, au sens qu'a voulu lui donner l'article 2 du Code pénal. Cette première partie de notre tâche est maintenant accomplie. Nous avons recherché avec grand soin, le fil conducteur susceptible de nous guider, dans le dédale des questions, que soulève cette distinction si

(1) Cassation, 8 septembre 1892. D., 1894, 1, 31.

subtile et si délicates des actes d'exécution et des actes préparatoires. Nous avons ensuite montré l'application pratique des principes dégagés à la tentative de crime puis à celle de délit.

Le second problème reste encore intact. Nous allons maintenant en aborder l'étude, qui nous retiendra, disons le tout d'abord, beaucoup moins longtemps. Il s'agit de déterminer avec précision, le moment où l'exécution du crime cesse d'être une tentative punissable, pour prendre le caractère d'une infraction consommée. Ce sera l'objet de notre seconde partie.

DEUXIÈME PARTIE

De la Consommation de l'Infraction

CHAPITRE PREMIER

Idées générales

Nous avons vu que le Code pénal de 1810, confond dans une même pénalité, la tentative simple, le délit manqué et le délit consommé. Des critiques très vives ont été justement adressées à la législation française, à raison de cette assimilation, et nous savons que la plupart des Codes étrangers établissent une différence, quant à l'application de la peine, entre la tentative, le délit manqué et le délit consommé. Il convient donc de les distinguer soigneusement.

Le délit manqué diffère de la tentative par un degré de plus dans l'exécution. La tentative est l'exécution incomplète d'un délit; l'agent est entré dans la voie du crime, mais il ne l'a pas parcourue toute entière; il n'est pas certain que si une circonstance extérieure

ne fût venue l'arrêter, il aurait persisté jusqu'au bout dans son dessein criminel. Au contraire, dans le délit manqué, l'agent, entré dans la voie du crime, l'a suivie jusqu'à son extrémité, sans obtenir cependant le résultat sur lequel il comptait.

Prenons comme exemple le crime d'empoisonnement. Le poison a été mis à la disposition de celui qui devait nécessairement l'absorber, mais un tiers prévenu ou méfiant l'a fait disparaître préalablement : le crime a été tenté. Le poison au contraire, a été absorbé par la personne à laquelle on le destinait, mais on lui fait prendre à temps un contre-poison qui lui sauve la vie : le crime a été manqué.

Remarquons même que, dans ce cas, et à s'en tenir aux termes de l'article 301, le crime a été entièrement consommé. En effet, d'après la loi, l'empoisonnement consiste dans un attentat à la vie, par l'effet de substances qui peuvent donner la mort, plus ou moins promptement, de quelque manière que ces substances aient été employées ou administrées, *et quelles qu'en aient été les suites*. Le crime d'empoisonnement peut donc être consommé, alors même que son effet est manqué.

L'article 2, réunissant la tentative simple et le délit manqué, dans une même disposition, les oppose l'un et l'autre au délit consommé. Nous avons donc à rechercher, maintenant, ce qu'il faut entendre par cette dernière expression. Et d'abord, quel est l'intérêt de la question ?

Il est considérable. Il importe de déterminer avec exactitude, le moment où le fait délictueux cesse d'être

une tentative, pour prendre le caractère d'une infraction consommée, non pas au point de vue de la peine ; nous savons qu'elle est la même dans les deux cas, mais au point de vue des effets du repentir, ou plus exactement (1), du désistement volontaire de l'agent.

La tentative, en effet, n'est punissable que si elle n'a été suspendue, ou n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur. Le désistement volontaire de l'agent lui assure donc l'impunité.

La raison en est que la société a plus d'intérêt à pardonner pour prévenir le mal, qu'à punir le mal déjà fait. L'utilité de cette règle l'a, d'ailleurs, fait adopter par toutes les législations étrangères. La jurisprudence anglaise fait seule exception.

Mais pour que l'agent puisse bénéficier de cette disposition de la loi, il faut que les faits, à raison desquels il est poursuivi, ne constituent qu'une simple tentative. Dès que le crime ou le délit est consommé, aux yeux de la loi, le désistement devient au contraire absolument inefficace. Un changement tardif de volonté ne

(1) Le désistement de l'agent ne résulte pas, en effet, nécessairement du repentir ; il peut provenir d'une autre cause. Faut-il rechercher les motifs de sa conduite ? Deux systèmes, également absolus, ont été soutenus. D'après le premier, il ne faudrait avoir égard qu'au désistement inspiré par le repentir ; D'après le second, la validité doit toujours en être admise. La vérité nous paraît être entre les deux : la loi n'exige pas que le désistement ait été spontané, il suffit qu'il ait été volontaire, en ce sens que l'agent ait eu la liberté morale de renoncer à son acte criminel.

saurait aucunement le soustraire à la peine. Le fait postérieur du repentir est une circonstance atténuante, qui peut mériter au coupable une diminution de peine, mais qui ne peut lui procurer l'impunité.

Bien plus, le coupable repentant essaierait-il de réparer le préjudice qu'il a causé; parviendrait-il même à l'effacer complètement; que l'infraction n'en serait pas moins consommée et la peine encourue. C'est ainsi que la restitution spontanée par le voleur, des objets soustraits, par le coupable de détournement, de la chose ou de la somme détournée, par l'escroc, des valeurs qu'il s'était fait remettre, n'empêche pas qu'il y ait vol, détournement ou escroquerie punissable.

Le principe nous paraît actuellement incontestable; il a dû cependant s'élever sur ce point quelques difficultés, puisque nous constatons que la Cour de cassation, a été appelée plusieurs fois à se prononcer sur cette question.

Nous relèverons quelques considérants d'un arrêt entre autres, qui nous semble établir la règle d'une façon définitive. « Attendu (1), dit-elle, que la remise ou la restitution d'un objet qui a été soustrait frauduleusement, ne change pas la nature du délit et ne peut le faire considérer, comme une simple tentative interrompue par l'effet de la volonté de son auteur; qu'en effet, dès qu'il y a eu de la part de l'auteur de l'action, appréhension d'un objet mobilier appartenant à autrui avec l'intention de se l'approprier, il y a sous-

(1) Cassation, 10 juin 1842, S. 1842, 1, 853.

fraction frauduleuse consommée, et que si la restitution faite dans un temps très rapproché de l'action, et avant toute poursuite, peut être prise en considération par le juge, comme constituant une circonstance atténuante, propre à motiver une modification de la peine, dans l'application qui en est faite au prévenu, déclaré coupable du délit, la qualification légale de l'action, n'en demeure pas moins la même... (1) »

Mais si la règle est telle, et si elle semble définitivement consacrée par la jurisprudence, s'ensuit-il qu'elle soit absolument équitable ? Plusieurs ne l'ont pas pensé, et il est à remarquer, en effet, qu'elle conduit parfois à des résultats bien peu satisfaisants.

Si nous supposons par exemple un individu, qui, après avoir frauduleusement soustrait un objet, le remet à sa place, avant que son larcin ait été découvert, nous serons contraints, d'après l'opinion la plus générale, de le déclarer coupable d'un vol consommé et de lui appliquer la peine de ce délit. Cette solution sera-t-elle équitable ? Oui, à s'en tenir à la notion de la justice absolue ; évidemment non, à ne considérer, comme nous devons le faire, que la justice sociale, c'est-à-dire la justice tempérée par un intérêt social, bien entendu.

En outre, comme le fait très justement remarquer M. Champcommunal (p. 61), la distinction entre le crime manqué et le crime consommé est très souvent

(1) Voir dans le même sens ; Cass. 6 septembre 1811. S., 1811, 4, 404. Cass., 8 thermidor an VIII. S. 4, 4, 326. Cass. 4 avril 1839. S., 39, 4, 700. Cass., 3 juin, 1846. S., 46, 4, 652.

arbitraire. « Pourquoi l'empoisonneur, par exemple, qui administre à temps un antidote, ne serait-il pas aussi bien traité que le meurtrier qui, par ses soins, préserve de la mort l'homme qu'il a blessé ? Du moment que l'agent répare sa faute et que personne n'en souffre, il devrait être absous. »

C'est ce qu'on a appelé la théorie du repentir actif, qui n'a encore reçu, à notre connaissance, qu'une consécration incomplète dans le Code pénal allemand, dont l'article 46 est ainsi conçu : « La tentative n'est pas punissable, si à une époque où elle n'était pas encore découverte, l'agent a, par un fait contraire, détourné les conséquences de son action criminelle. » Il serait à souhaiter qu'une disposition analogue soit introduite dans notre législation pénale (1).

Nous venons d'indiquer quels intérêts considérables se rattachaient à la solution de la question. Nous allons essayer maintenant de la résoudre. A quel moment précis l'infraction est-elle consommée ? La réponse ne saurait être unique et péremptoire. Une distinction s'impose.

Dans un grand nombre de cas, la loi punit un fait déterminé, dont l'exécution seule constitue le délit. Elle ne tient pas compte du résultat. Sans doute, le préjudice que l'agent avait voulu causer à autrui, pourra exister, mais l'infraction n'en sera pas moins consommée, bien que ce résultat n'ait pas été obtenu.

(1) Remarquons cependant qu'il n'est pas impossible de rattacher à la théorie du repentir actif certaines dispositions de notre Code pénal : ainsi les art. 247 et 357.

Ainsi le crime de fausse monnaie, est accompli dès que les monnaies sont contrefaites ou altérées, quand même elles n'ont pas été émises ; de même le crime de faux en écriture existe, bien que le faussaire n'ait pu réaliser les bénéfices qu'il avait en vue ; le crime est consommé dès que l'acte a été fabriqué ou altéré, alors même que son auteur n'en a pas encore fait usage (art. 145 et suivants). De même encore l'empoisonnement est consommé, dès que les aliments ou les boissons propres à donner la mort, ont été absorbées, quel que soit le résultat obtenu en définitive (art. 301 Code pénal). Nous voyons encore que la loi punit le complot et l'attentat, qui ont pour but de changer la forme du gouvernement, quoiqu'ils n'aient pas abouti.

Il faut donc dire : que toutes les fois que le délit consiste dans un simple fait, il est consommé par l'exécution de ce fait, et que les conséquences préjudiciables qu'il a produites, sont des circonstances aggravantes, non constitutives de l'infraction. Il est par conséquent impossible de le considérer, dans le cas où il n'a pas eu de suites fâcheuses, comme une tentative qui a manqué son effet. Il peut seulement dans cette catégorie de délits y avoir tentative suspendue.

Mais il est également des cas fort nombreux, où le législateur ne se borne pas à incriminer des actes, sans tenir compte des conséquences qui en résultent. Il faut alors que l'action ait eu un effet déterminé, que l'auteur ait atteint le but auquel il tendait.

Ainsi le crime d'avortement, par exemple, ne peut exister que si les efforts tentés pour obtenir l'avortement, ont été couronnés de succès (art. 317) ; le meurtre

n'est consommé (art. 295) que si la mort a été donnée à la victime; l'extorsion et l'escroquerie supposent pour leur consommation, que l'agent est parvenu, soit à l'aide de violences ou de menaces, soit par des manœuvres frauduleuses, à se faire remettre ou délivrer des fonds, meubles, obligations, quittances ou décharges.

Dans tous ces cas, par conséquent, si le résultat que l'agent avait en vue, résultat dont la réalisation était, aux termes de la loi, nécessaire pour la consommation de l'infraction, n'a pas été atteint, nous serons seulement en présence d'une tentative, si d'ailleurs elle a été manifestée par un commencement d'exécution et n'a été suspendue ou n'a manqué son effet que par des circonstances où la volonté de l'agent n'est pas intervenue.

« En résumé, pour savoir si le crime qu'il s'agit de juger est accompli, ou s'il n'y a qu'une tentative, il faut examiner, non pas si l'auteur a atteint son but, mais uniquement si le fait qu'il a commis, pour réaliser son projet criminel, renferme tous les éléments constitutifs du crime, tel qu'il est défini par la loi pénale (1). »

Voilà donc le principe et il est certain. Son application présente cependant quelques difficultés. Il n'est pas toujours très facile, de classer un délit dans l'une ou l'autre des catégories que nous avons distinguées. Nous allons examiner brièvement quelques-uns des cas à propos desquels des doutes se sont élevés.

(1) V. HAUS. *Principes du Droit pénal belge*, tome I, p. 387.

CHAPITRE II

Quelques applications pratiques

SECTION I

De la Consommation du Crime d'Incendie

L'article 434 punit : « Quiconque a volontairement mis le feu à des édifices, navires, bateaux, magasins, chantiers, etc..... »

Nous avons déjà vu quelles difficultés se soulevaient à propos de la tentative du crime d'incendie. Il est, en effet, particulièrement difficile de bien distinguer, en cette matière, ce qui constitue la préparation du crime, de ce qui en est le commencement d'exécution. Il ne l'est pas moins de déterminer avec précision l'instant où le crime doit être considéré comme consommé.

Nous savons qu'il faut distinguer, au point de vue de leur consommation, deux catégories d'infractions : les unes seront consommées par la seule exécution d'un fait, indépendamment des conséquences qu'il pourrait avoir; les autres ne le seront qu'autant qu'un certain résultat, déterminé par la loi aura été atteint.

Dans laquelle de ces deux catégories, allons-nous ranger le crime d'incendie ?

Faut-il dire, en prenant le texte de l'article 434 à la lettre, que l'incendie est consommé, dès que le feu a été mis, sans qu'il soit possible de s'inquiéter des suites ou de la gravité du crime ? Certains auteurs l'ont soutenu et notamment Chauveau et Faustin-Hélie : « Le crime est légalement consommé, disent ces auteurs, dès que l'agent met le feu à l'un des objets énumérés par la loi. Il n'est pas nécessaire que cet objet ait été détruit, que l'incendie même ait éclaté ; le fait seul, de mettre le feu volontairement, suffit pour consommer le crime, quel qu'en soit le résultat. Ce sont les termes mêmes de la loi (1). »

Beaucoup d'autres opinions ont été émises sur cette question délicate. Nous en empruntons l'énumération à l'ouvrage de M. Garraud (2). On a soutenu :

1° Que l'incendie est consommé, dès que le feu a pris aux matériaux incendiaires, qui doivent le communiquer à l'objet proprement dit que l'agent veut incendier ;

2° Que l'incendie est consommé dès que le feu s'est communiqué de ces matériaux, à l'objet lui-même ;

3° Qu'il n'est consommé que lorsqu'un véritable embrasement est produit ;

4° Qu'il n'est enfin consommé, que par l'apparition du danger, c'est-à-dire, dès que la propagation du feu semble désormais naturelle et nécessaire.

(1) Tome II, n° 2524. V. aussi BLANCHE, tome VI, n° 536.

(2) GARRAUD, tome V, n° 561.

Nous pensons que c'est à tort, que l'on prétend ranger le crime d'incendie, dans la première catégorie, celle où la loi punit l'infraction, consommée par un simple fait indépendamment de ses conséquences.

Cette assertion nous semble d'abord contredite par le texte même de l'article 434, où nous voyons revenir à plusieurs reprises, le mot de préjudice, ce qui semble indiquer, que c'est bien le préjudice commis que le législateur a eu principalement en vue.

Cette idée se fortifie encore par cette considération, que les articles 434 et suivants se trouvent précisément placés dans une section qui porte pour rubrique : *Destruction, dégradations, dommages*. Il s'ensuit donc nécessairement; qu'il faut que le fait ait causé un dommage et un dommage appréciable, pour qu'il y ait réellement incendie.

En admettant même au surplus, qu'il soit impossible, avec le seul texte de l'article 434, de trancher la question d'une façon absolument concluante, il n'en est pas moins certain qu'un doute va exister. Or, en cas de doute, le plus sage est de se reporter à la règle générale, laquelle est ici: que sauf des cas assez exceptionnels, la loi exige, comme condition de la consommation de l'infraction, que l'exécution de l'acte délictueux ait produit son effet.

Nous ferons remarquer, enfin, que la solution contraire, serait singulièrement peu équitable, et conduirait souvent à des résultats bien rigoureux. Supposons par exemple un individu qui, dans le but d'incendier une maison habitée, aurait disposé contre cette maison des matériaux inflammables, et y aurait mis le

feu ; et qui, pris ensuite de remords, aurait éteint lui-même l'incendie, avant qu'un dommage matériel appréciable ait été commis.

Faudra-t-il donc le reconnaître coupable du crime d'incendie d'une maison habitée, crime puni par le paragraphe 1^{er} de l'article 434, de la peine de mort ? Ce serait monstrueux et jamais un jury ne se trouvera, qui, dans ces conditions, ne réponde négativement à la question qui lui serait ainsi posée.

Par conséquent, le crime d'incendie, est consommé seulement, lorsque le feu a fait des progrès tels, qu'il n'était plus au pouvoir de l'auteur de s'en rendre maître. Jusque là, tant que le feu n'a pas atteint ce degré d'intensité, il n'y a qu'un commencement d'exécution, qu'une tentative qui ne sera punissable, que si elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet, que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur.

Les conséquences de cette théorie sont faciles à déduire. Elles ont une grande importance, au point de vue surtout du repentir de l'agent. Il faudra décider, en effet, que la tentative d'incendie, comme toutes les autres, bénéficiera de l'impunité résultant du désistement volontaire de son auteur.

Si donc, avant que l'incendie ait occasionné un dommage sérieux, l'auteur avait lui-même éteint le feu qu'il avait allumé, et fait ainsi manquer le délit, son repentir sera assez prompt pour lui mériter l'impunité complète.

C'est cette solution qui a été formellement adoptée par le Code pénal allemand qui, dans son article 310

s'exprime ainsi : « L'auteur de l'incendie ne sera pas poursuivi, lorsqu'il aura éteint le feu avant qu'il ait été découvert, et avant qu'il en soit résulté un dommage, autre que la combustion de l'objet destiné à servir de foyer à l'incendie. »

C'est également celle que la Cour de cassation a consacrée en 1845 (1). Il s'agissait dans cette espèce, que nous avons déjà signalée dans un autre ordre d'idées, de deux prévenus, qui dans le but de s'évader, avaient pratiqué une excavation à la maçonnerie formant le seuil d'une porte extérieure de la tour de la prison, y avaient disposé des éclats de bois et y avaient mis le feu. La Cour a déclaré que ces faits constituaient une tentative d'incendie, mais comme il était également établi que les prévenus avaient éteint eux-mêmes le feu, elle a reconnu que ce repentir devait leur assurer l'impunité.

SECTION II

De la Consommation du Faux Témoignage

La question de savoir quand le faux témoignage, en matière répressive, est consommé, mérite également d'être étudiée. Remarquons tout d'abord que juridiquement, il ne peut y avoir de tentative punissable de faux témoignage. La raison en est bien simple.

(1) Cass. 21 août 1845. S., 45. I. 848. V. également dans notre sens. HAUS, tome I, page 304, et LAINÉ, n° 176.

Jusqu'à la clôture des débats, il est impossible d'apprécier exactement le plus ou moins de fausseté de la déposition suspecte. Jusqu'au dernier moment le faux témoin peut revenir sur ce qu'il avait dit, pour le rétracter ou le corriger. Cette rétractation faite à temps, lui assurera l'impunité.

L'intérêt bien entendu de la justice exigeait qu'il en soit ainsi; le témoin qui a déposé d'une façon contraire à la vérité, se trouvera entraîné par cette considération, que si avant la clôture des débats, il reconnaît la fausseté de son témoignage, il n'encourra aucune peine.

Par conséquent, de deux choses l'une; ou bien les débats sont encore ouverts, et la fausseté du témoignage n'étant pas absolument démontrée, le crime n'est même pas commencé; ou ils sont clos, et le faux témoignage est entièrement consommé. Il n'y a pas de phase intermédiaire.

Mais précisément à cause de cette situation particulière, il importe beaucoup de déterminer avec précision, le moment où le faux témoignage est consommé, puisque, jusque-là, il échappe à toute répression. La question n'est pas des plus faciles à résoudre, et sa solution a donné lieu à d'assez graves difficultés.

Un point certain, tout d'abord, c'est que la loi punit seulement, le faux témoignage fait au cours des débats qui précèdent immédiatement le jugement, c'est-à-dire, à l'audience. Les fausses dépositions faites à l'instruction préparatoire ne sont pas incriminées.

Il faut reconnaître qu'elles sont pourtant de nature à causer un préjudice considérable, soit en faisant, par

exemple, arrêter un innocent, soit en occasionnant la mise en liberté d'un coupable. Mais ces considérations doivent s'incliner, devant l'intérêt supérieur de la justice, qui commande de laisser ces faits impunis, pour éviter que le témoin ne persévère jusqu'au bout dans sa fausse déclaration, par crainte d'être poursuivi pour faux témoignage, s'il se rétractait.

Done, le faux témoin ne peut être poursuivi pour faux, s'il a rétracté sa déposition en temps utile. Se demander, par conséquent, à quel moment le faux témoignage sera consommé, cela revient à rechercher jusqu'à quel moment la déposition mensongère peut être utilement rétractée ?

En matière répressive, il est incontestable que lorsqu'une décision définitive est intervenue sur l'affaire dans laquelle le témoin a déposé, celui-ci peut être poursuivi et condamné pour faux témoignage. Mais peut-il l'être auparavant ?

On admet généralement que c'est la clôture des débats, qui fixe irrévocablement et indistinctement le caractère de la déposition. La jurisprudence a maintes fois décidé : que les débats n'étaient clos qu'après l'audition du réquisitoire et des plaidoiries.

« Attendu, dit la Cour de cassation, que le délit de faux témoignage n'est légalement consommé, qu'au moment où la déposition mensongère d'un témoin est devenue irrévocable et a produit son effet sur l'esprit du juge, soit pour, soit contre le prévenu ; attendu que ce moment suprême n'existe que lorsque les débats sont terminés..... ; attendu que devant le Tribunal correctionnel (et nous pouvons ajouter, devant la Cour

d'assises), les débats ne sont définitivement clos qu'après que le Ministère public a été entendu en ses réquisitions et le prévenu en ses défenses (1). »

Cette théorie, que le faux témoignage n'est consommé qu'après la clôture des débats, quoique très généralement admise par la jurisprudence, est difficile à justifier, juridiquement et logiquement. Il faut, en effet, reconnaître que la fausse déposition réunit, dès qu'elle est achevée, tous les éléments constitutifs du faux témoignage. De plus, il y a préjudice possible, dès qu'elle est faite.

Sans doute, la fausseté de la déposition peut être découverte dans le cours des débats, ou reconnue par le témoin même, mais cela est encore incertain à l'instant où la vérité est altérée par ce dernier. Sa déclaration mensongère peut subsister et, par conséquent, influencer sur le jugement. Cette possibilité qui existe au moment de la déposition, suffit pour que les conditions du faux punissable se trouvent réunies. D'après la rigueur des principes, le crime ou le délit est donc consommé et, dès lors, la rétractation, quoique spontanée, du témoin, ne peut plus le soustraire à la peine (2).

La doctrine contraire ne peut donc se justifier que par l'intérêt public ; elle n'a pour but que d'engager le témoin, par la promesse de l'impunité, à révéler la vérité qu'il avait d'abord falsifiée.

(1) Cassation, 20 novembre 1868. D. 69, 1, 263, V. aussi Nancy, 24 novembre 1886, D. 87, 2, 95.

(2) V. sur cette matière HAUS, tome I, n° 394.

Quoi qu'il en soit, c'est ce système qui est actuellement et pour longtemps, semble-t-il, consacré par la jurisprudence. Nous ne pouvons, dès lors, que nous borner à enregistrer un certain nombre de décisions qui ne sont que des applications de cette théorie.

Ainsi, il a été jugé que si, à la suite d'une déposition suspecte faite en Cour d'assises, celui qui l'a faite est arrêté, et devient l'objet d'une instruction judiciaire, et que l'affaire dans laquelle il a été entendu soit renvoyée à une autre session; puis qu'à cette seconde comparution, le faux témoin se rétracte, cette rétractation tardive ne lui assurera pas l'impunité (1).

Jugé aussi, que le renvoi à un délai illimité, prononcé par le Tribunal correctionnel, dans le cas où la déposition d'un témoin paraît fausse, a pour effet de clore définitivement à l'égard de ce témoin, les débats de l'affaire, et de mettre ainsi obstacle à toute rétractation de la déposition mensongère; que, par suite, la rétractation faite par ce témoin, dans l'information suivie contre lui n'efface pas le délit de faux témoignage consommé au moment du sursis, alors, d'ailleurs, qu'il n'a pas été appelé aux nouveaux débats de l'affaire (2).

Il a été enfin décidé par un dernier arrêt qui résume bien, par une formule très claire, la doctrine à laquelle la Cour de cassation s'est arrêtée, que le faux témoignage est consommé, dès l'instant où le témoin, par sa persistance à maintenir ses déclarations menson-

(1) Cassation, 18 mars 1841. *Bull. crim.* n° 69. Cass., 23 février 1871, S., 1872, 1, 91.

(2) Cassation, 29 novembre 1873, D., 1874, 1, 5 (Note).

gères, a forcé la justice à suspendre son cours, et ou, par suite, il a cessé d'être témoin pour devenir inculpé (4).

SECTION III

De la Consommation du Vol

- Nous avons examiné précédemment, les nombreuses difficultés que présentait la tentative de vol, au point de vue de la distinction des actes d'exécution et des actes préparatoires. Nous avons vu en quoi il fallait
- faire consister ici le commencement d'exécution exigé par l'article 2.

Une dernière question nous reste maintenant à résoudre. Il convient de rechercher à quel moment le délit cesse d'être tenté, pour devenir une infraction consommée. Cela est important, nous le savons, en ce qui concerne les effets du repentir de l'agent. Le crime est-il seulement tenté, le repentir va lui assurer l'impunité; est-il entièrement consommé, il sera absolument inefficace.

L'article 379 frappe « quiconque a soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas. » La soustraction est donc un élément essentiel du délit du vol. Mais que faut-il entendre par ce mot?

Doit-il être considéré comme étant purement et simplement la traduction du mot latin : *contrectatio*? On

(4) Cassation, 22 septembre 1887. *Bull. crim.* n° 343.

l'a soutenu et notamment Merlin dans son répertoire (V^o vol.). Cette opinion ne nous paraît pas acceptable.

Contredictio veut dire exactement : maniement. Ce que le droit romain punissait, c'était donc le maniement frauduleux de la chose d'autrui. Les interprètes en ont conclu que chez les Romains, le maniement de la chose, même non suivi de son déplacement, suffisait pour constituer la consommation du délit.

Cette manière de voir, n'a certainement pas été celle des législateurs du Code pénal; ce n'est pas non plus celle qui est le plus généralement adoptée par la jurisprudence et la doctrine actuelles.

Pour nous, il est nécessaire que la chose ait été enlevée pour que le vol, soit consommé. Nombreux sont les arrêts de la Cour de cassation qui l'ont ainsi décidé. Nous citerons entre autres celui du 20 novembre 1835 (1) : « Il ne peut y avoir lieu à l'application des lois pénales sur le vol qu'autant que la chose enlevée à autrui a été soustraite, c'est-à-dire appréhendée contre le gré du propriétaire » ou encore celui du 18 novembre 1837 (2). « Il n'y a de vol dans le sens de la loi que lorsque la chose objet du délit, passe, de la possession du légitime propriétaire, dans celle de l'auteur du délit, à l'insu ou contre le gré du premier. Pour soustraire, il faut prendre, enlever, ravir. »

(1) *Bulletin crim.*, n^o 435.

(2) S., 1838, 1, 366. V. encore Cassation, 14 décembre 1839. S. 1840, 1, 550, et Cassation, 14 novembre 1861. D. 1862, 1, 56.

C'était, d'ailleurs, aussi l'opinion de nos anciens auteurs.

Ainsi, Jousse, pour n'en citer qu'un, déclare : « Qu'il n'y a point de vol, tant qu'il n'y a point d'enlèvement de la chose volée, quand même on aurait commencé à mettre la main sur cette chose sans la déplacer. » Le Code a donc simplement confirmé cette théorie.

Mais s'il est certain que la consommation du vol n'est parfaite que par la soustraction, c'est-à-dire par l'enlèvement de la chose volée; il est difficile de déterminer à quel moment cet enlèvement est terminé.

Nous trouvons en présence sur ce point deux théories diamétralement opposées. D'après la première, qui est reproduite, notamment, dans Haus (tome I, n° 399), le vol est consommé, dès que le voleur s'est emparé de la chose dans l'intention de se l'approprier. Il n'est nullement nécessaire qu'il ait emporté la chose, encore moins qu'il soit arrivé au lieu où il voudrait la transporter. Dans la seconde, on soutient que le vol n'est pas entièrement consommé, tant que le coupable n'a pas déposé la chose volée, dans le lieu où il doit la cacher (1).

Ces deux théories contiennent, incontestablement, chacune une part de vérité, mais elles nous paraissent, l'une et l'autre, beaucoup trop absolues, et nous

(1) Voir notamment, en ce sens, MOLINIER et VIDAL, tome II, p. 93.

préférons nous rattacher à une opinion intermédiaire, qui a été professée surtout par M. Garraud (1).

Cette doctrine « ne se contente pas, sans doute, de l'appréhension de la chose, mais elle n'exige pas non plus que le transport en soit terminé ».

Pour nous, il ne suffira donc pas, pour que le vol soit consommé, que le voleur ait saisi la chose, qu'il l'ait enlevée de la place qu'elle occupait, et qu'il se dirige, ainsi chargé, vers l'issue qui lui permettra de fuir. Tant qu'il ne sera pas sorti de la maison dans laquelle se trouvait l'objet volé, il ne sera pas exact de prétendre, que le légitime propriétaire est entièrement et irrévocablement dépossédé.

Jusqu'à ce que le voleur ait quitté la maison, qu'il ait trompé la surveillance du propriétaire véritable, qu'il soit, en un mot, à l'abri d'une appréhension immédiate de la part de celui-ci, nous le reconnaitrons coupable seulement d'une tentative de vol. Par conséquent, si au moment de son départ, pris de remords, il remet les objets en place, il sera en posture d'invoquer le bénéfice de l'article 2 du Code pénal.

C'est seulement au moment où le coupable aura définitivement emporté l'objet de son larcin, où, suivant l'expression très juste de M. Garraud, il n'aura plus à le défendre contre son légitime possesseur, qu'il sera juste de dire, que l'enlèvement est absolument terminé, et le vol entièrement consommé.

(1) *Traité de Droit criminel*, tome V, n° 83.

Remarquons, en terminant, que cette théorie, que rien ne vient juridiquement contredire, est aussi celle qui se trouve consacrée par le bon sens et l'équité populaires. Pour tout le monde, en effet, lorsqu'un individu est arrêté dans une maison, porteur d'objets qu'il vient de soustraire, on se trouve en présence d'une tentative de vol.

Par exception, le sentiment de la foule et celui du jurisconsulte vont se trouver ainsi d'accord.

Nous aurions pu continuer encore ces explications et multiplier les exemples. Ceux que nous avons donnés nous ont paru suffisants. Fidèles à la méthode adoptée dans notre première partie, nous nous sommes attachés à poser quelques principes généraux, dont les développements qui précèdent, ne sont que l'application, à quelques cas choisis parmi les plus pratiques et les plus controversés.

VU :

Lyon, le 13 mai 1899.

Le Président de la Thèse.

R. GARRAUD.

VU :

Lyon, le 15 mai 1899.

Le Doyen de la Faculté.

E. CAILLEMER.

PERMIS D'IMPRIMER :

Lyon, le 15 mai 1899.

Le Recteur de l'Académie.

Président du Conseil de l'Université.

GABRIEL COMPAYRÉ.

BIBLIOGRAPHIE

BECCARIA. — *Des délits et des peines.*

BENECH. — *De la tentative, Revue Wolowski*, année 1841, p. 132.

BENTHAM. — *Théorie des peines et des récompenses.*

BERTAULD. — *Cours de Code pénal et de Législation criminelle*, 4^e édition, 1873.

BLACKSTONE. — *Commentaires sur les lois anglaises.* (Traduction Chompré.)

BLANCHE. — *Etudes pratiques sur le Code pénal*, 1861-1872.

CARNOT. — *Commentaire sur le Code pénal* (2^e édition), 1836.

CARRARA. — Programme, partie générale.

CARRARA. — *Sinopsi delle mie opinioni sul conato, composta ad uso miei scolari* (Lucca, 1878).

CARRARA. — *Lezioni sul grado nella forza del delitto.*

CHAMPCOMMUNAL. — *Etude sur la tentative, Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, année 1895, pages 41 et 94.

CHAUVEAU et FAUSTIN-HÉLIE. — *Théorie du Code pénal*, 5^e édition, 1873.

DAVID. — *Traité de l'Escroquerie.*

DELPECH. — *De l'Infraction, Revue général de Droit*, année 1873, p. 130.

FILANGIERI. — *Science de la Législation.*

GARRAUD. — *Traité théorique et pratique du droit pénal français.*

DE GIRARDIN. — *Le droit de punir.*

HAUS. — *Principes généraux du Droit pénal belge* 3^e édition, 1879.

HUMBERT. — *De la tentative en droit criminel romain, Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, année 1862, p. 407.

JOUSSE. — *Traité de la Justice criminelle.*

LABORDE. — *Cours de Droit criminel.*

LACOINTA. — *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, année 1863, p. 446.

LA ROCHE-FLAVIN. — *Des Parlements de France.*

LE SELLYER. — *Traité de la criminalité.*

MOLINIER et VIDAL. — *Traité théorique et pratique de Droit pénal* (1894).

ORTOLAN et DEJARDINS. — *Eléments de Droit pénal* (5^e édition, 1886).

ROMAGNOSI. — *Genesi del diritto penale* (5^e édition, 1833).

ROSSI. — *Traité de Droit pénal* (4^e édition, 1872).

TREBUTIEN. — *Cours de Droit criminel.*

VILLEY. — *Précis d'un cours de Droit criminel*, année 1886.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION. — Du droit de punir envisagé dans ses rapports avec la théorie de la tentative.....	5
Notions historiques et législation comparée.....	49

PREMIÈRE PARTIE

Du Commencement d'Exécution

CHAPITRE PREMIER. Théories générales.....	35
CHAPITRE II..... Tentative de crime....	49
Section I..... Vol qualifié. Escalade et effraction.	49
— II..... De l'empoisonnement	58
— III..... De l'incendie.....	66
— IV..... De la bigamie.....	72
— V..... Du meurtre.....	79
— VI..... Du faux.....	83
CHAPITRE III..... Tentative de délit.....	91
Section I..... Du vol.....	96
— II..... De l'escroquerie.....	102

DEUXIÈME PARTIE

De la Consommation de l'Infraction

CHAPITRE PREMIER.	Idées générales	113
CHAPITRE II.	Quelques applications pratiques...	121
Section I.	De la consommation du crime d'in-	
	cendie.....	121
— II.	De la consommation du faux témoi-	
	gnage.....	125
— III.	De la consommation du vol.....	130
BIBLIOGRAPHIE.....		135

Imprimerie MOUGIN-RUSAND. — WALTENER et C^{ie}, successeurs
3, rue Stella — Lyon
